

**Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse
zwischen Hoheitsträger und Staats-
bürger auf Grund Verwaltungsakts?**

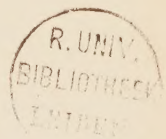
Manfred Zuleeg



BÜRGERLICHRECHTLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE ZWISCHEN
HOHEITSTRÄGER UND STAATSBÜRGER AUF GRUND
VERWALTUNGSAKTS ?

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät der
der Friedrich - Alexander - Universität
zu Erlangen

vorgelegt von
Manfred Zuleeg
aus Creglingen/Württ.



Approbiert am 22. Juli 1959

Referent: Professor Dr. Hans Spanner

Dekan: Professor Dr. Heinrich Hubmann



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548815_0033

	Seite:
V. Kapitel: Dogmatisch begründete Gegenargumente gegen die gemischten Rechtsformen	62
1. Einwände gegen die einstufige gemischte Konstruktion	62
a) Die einstufige gemischte Konstruktion bei der Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechtes der öffentlichen Hand	62
b) Die einstufige gemischte Konstruktion bei der Einweisung ins Krankenhaus	63
c) Die einstufige gemischte Konstruktion bei Subventionen und "Übernahmeverträgen"	65
2. Einwände gegen die zweistufigen gemischten Konstruktionen	68
a) Die Theorie IPSENS	68
b) Die Theorie HAMANN'S	73
3. Der Grundsatz der einheitlichen Behandlung eines Rechtsverhältnisses	73
VI. Kapitel: Begründung einer rein öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise bei Subventionen und "Übernahmeverträgen"	76
1. Hauptteil	76
2. Anhang: Die Vorratshaltung der Einfuhr- und Vorratsstellen	85
VII. Kapitel: Subventionen und "Übernahmeverträge" als öffentlichrechtliche Leistungsverhältnisse auf Grund Verwaltungsakts	87
VIII. Kapitel: Vorzüge der rein öffentlichrechtlichen Lösung gegenüber den gemischten Rechtsverhältnissen	92
Teil A: Allgemeines	92
Teil B: Gegenüberstellung im einzelnen	93
1. Mängel bei der Begründung des Rechtsverhältnisses	93
a) Nichtigkeit des begründenden Verwaltungsaktes	93

	Seite
b) Sonstige Mängel des begründenden Verwaltungsaktes	95
c) Mängel bei Abschluß des "Erfüllungsgeschäftes"	96
2. Auflösung des Rechtsverhältnisses	98
a) Anfechtung des begründenden Verwaltungsaktes	98
b) Rücknahme des begründenden Verwaltungsaktes	99
c) Widerruf des begründenden Verwaltungsaktes	100
d) Erfüllung	101
e) Kündigung	103
3. Bedingungen und Auflagen	104
4. Haftungsfragen	108
5. Grundrechtsschutz	112
6. Ermessensüberprüfung	114
7. Rechtswegfragen	118
8. Vollstreckung	125
9. Die Einschaltung von Kreditinstituten bei der Vergabe von Subventionen	127
Teil C: Auswertung	134
IX. Kapitel: Zusammenfassung	138

LITERATURVERZEICHNIS

- APELT Willibald, "Der verwaltungsrechtliche Vertrag (Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht)", Leipzig 1920.
- ARENDT Erläuterungen zum Getreidegesetz, in der Loseblattsammlung "Das Deutsche Bundesrecht", Abteilung Landwirtschaft und Ernährung IV G 30, S. 11ff. Erscheinungsort: Frankfurt am Main.
- AUBERT Joachim, "Fernmelderecht", 1. Teil, Hamburg / Berlin / Bonn 1954.
- BACHOF Otto, "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats", VVDStRL 12 (1954) S. 37ff.
- "Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: Gelöste und ungelöste Probleme", DÖV 1953, 417.
 - "Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle", SJZ 1948 Spalte 742.
 - "Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung", Tübingen 1954.
Zitiert: Verwaltungsgerichtliche Klage.
 - Entscheidungsbesprechung, JZ 1951, 119.
 - "Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts", ArchÖffR Bd. 44 n.F. (1958) S. 208ff.
- BARTHOLOMEYCZIK Horst, "Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwirtschaft", Heft 11 der Reihe "Der Wirtschafts-Kommentator", Frankfurt am Main 1950.
- BENDER Bernd, "Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts", JZ 1957, 593.
- BETTERMANN Karl August, Entscheidungsbesprechung, DVBl 1958, 867.
- BITTER Georg, "Die Koppelung verschiedener Verwaltungszwecke und -Aufgaben", Diss. Erlangen 1955.

- BÖHMER Gustav, "Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung", 1. Buch: "Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung", Tübingen 1950.
- BÖTTICHER Eduard, "Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit" (Korreferat auf der Weinheimer Tagung der deutschen Zivilprozeßrechtslehrer 1951), ZZP 1952, 44.
- BÜHLER Ottmar im Bonner Kommentar (Kommentar zum Bonner GG), Loseblattausgabe, herausgegeben von Bodo Dennewitz u. a., Erscheinungsort: Hamburg.
- BURCKHARDT Walther, "Einführung in die Rechtswissenschaft", Zürich 1939.
Zitiert: Einführung.
- "Methode und System des Rechts", Zürich 1936,
Zitiert: Methode und System.
- BÜRCKNER Hermann, "Der privatrechtsgestaltende Staatsakt", Leipzig 1930.
- CLASEN Heinrich, "Das mit Zivil- und Verwaltungsrecht gemischte Rechtsverhältnis", DÖV 1959, 281ff.
- DICKMANN Herbert, "Die Beseitigung behördlicher Bewilligungen durch Aufhebung oder Widerruf", DÖV 1957, 278.
- DÖNHOF Günther, "Das Getreidegesetz (Westzonen)", BB 1950, 830.
- "Übernahmeverträge bei Getreideeinfuhren", in der Beilage "Der Schiedsspruch" zur Zeitschrift "Der Ernährungsdienst", Nr. 7 vom 19. September 1953. Zitiert: Beilage zum "Ernährungsdienst".
- DREWS - WACKE "Allgemeines Polizeirecht", begründet von Bill Drews, neu bearbeitet von Gerhard Wacke, 6. Aufl., Berlin / Köln 1957.
- DÜRIG Günter, "Das Eigentum als Menschenrecht", ZGesStW 109 (1953) S. 341.
- "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", in der Festschrift für Hans Nawiasky "Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung", München 1956. Zitiert: Grundrechte.
- "Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat", JZ 1953, 193.

- EBERT Arnold, "Gesetzliche Vorkaufsrechte der öffentlichen Hand".
NJW 1956, 1621.
- EHLERS E. B., "Das Verwaltungsstreitverfahren wegen Gewährung von
Aufbaudarlehen", NJW 1956, 1379.
- EHRENFORT Werner, Kommentar zum Zweiten Wohnungsbaugesetz,
Köln / Berlin / Bonn 1958.
- EHRIG H. G., "Die Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit", NJW 1959,
217.
- EISERER - RIEDERER "Energiewirtschaftsrecht", begründet von Ernst Eiserer,
2. Aufl. bearbeitet von Johann Riederer, Stand v. 1. April
1954. München / Berlin 1954.
- ENNECCERUS - LEHMANN "Recht der Schuldverhältnisse", begründet von
Ludwig Enneccerus, 14. Bearbeitung von Heinrich Lehmann,
Tübingen 1954.
- ENNECCERUS - NIPPERDEY "Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts",
1. Halbband, begründet von Ludwig Enneccerus, 14. Aufl.
bearbeitet von Hans Carl Nipperdey, Tübingen 1952.
- ERLER Georg, "Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts",
Göttingen 1956. Zitiert: Int. Wirtschaftsrecht.
- "Internationale Finanz- und Wirtschaftshilfe als politi-
sches und völkerrechtliches Problem", in der Festschrift
für Herbert Kraus "Mensch und Staat in Recht und Ge-
schichte", Kitzingen 1954, S. 31ff.
Zitiert: Int. Finanzhilfe.
- FACHINGER Josef, "Überschreitung und Fehlgebrauch des Verwaltungsermessens",
NJW 1949, 244.
- FAUSER - KÄSS Erläuterungen zum Lastenausgleichsgesetz in der Loseblatt-
sammlung "Das Deutsche Bundesrecht", Abteilung Finanz-
wesen - Lastenausgleich VII C 10 S. 147ff.
Erscheinungsort: Frankfurt am Main.
- FISCHER Werner, "Der Verzicht auf vermögensrechtliche Ansprüche im Ver-
waltungsrecht", Leipzig 1930.

FISCHER-DIESKAU - PERGANDE - SCHWENDER Kommentar zum Zweiten Wohnungsbaugesetz, bearbeitet von Joachim Fischer-Dieskau, Hans - Günter Pergande und Heinz Werner Schwender, Köln - Braunsfeld 1956.

FLEINER Fritz, "Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts", 8. Aufl., Tübingen 1928.

FLESSA Richard, "Das Wesen der Staatsbürgerschaft", NJW 1954, 538.

- Entscheidungsbesprechung, NJW 1959, 403.
- Entscheidungsbesprechung, DÖV 1959, 106.
- "Rechtsschutz gegen Weisungen zu privatrechtlichem Verhalten untergeordneter Behörden", NJW 1958, 1276.
- "Schuldverhältnisse auf Grund Verwaltungsakts", DVBl 1957, 81 und 118.

FORSTHOFF Ernst, "Die Verkehrssicherungspflicht in Ansehung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch", DVBl 1952, 164.

- "Die Verwaltung als Leistungsträger", Stuttgart / Berlin 1938.
- "Lehrbuch des Verwaltungsrechts", 1. Bd.: "Allgemeiner Teil", 7. Aufl., München / Berlin 1956. Zitiert: Lb.

FRIEDRICHS Karl, "Wie weit sind Vorschriften des BGB auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar?", ArchBürgR 42 (1916) S. 28.

GALETTE A., Buchbesprechung, DVBl 1956, 312.

GERMANN Oskar Adolf, "Grundlagen der Rechtswissenschaft (Einführung in deren Probleme, Methoden und Begriffe)", Bern 1950.

GIESE Friedrich, "GG für die Bundesrepublik Deutschland", Kommentar, 4. Aufl., Frankfurt am Main 1955.

GYGI Fritz, "Interventionsrecht und Interventionsverwaltung", Bern 1958. Zitiert: Interventionsrecht.

- "Verwaltungsrecht und Privatrecht. Über die Bedeutung des Privatrechts für die öffentliche Verwaltung und seine Beziehungen zum Verwaltungsrecht", Bern 1956. Zitiert: Verwaltungsrecht und Privatrecht.

- HAARMANN Wennemar, "Das Zweite Wohnungsbaugesetz", DVBl 1956, 597.
- HAMANN Andreas, "Öffentliche Kredite und Bürgschaften", BB 1953, 865.
- "Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung", Heidelberg 1953.
 - "Wirtschaftslenkung und Grundgesetz", BB 1951, 341.
- HATSCHEK Julius, "Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts", 7./8. Aufl., Leipzig 1931.
- HAUEISEN Fritz, "Das formelle subjektive Recht im Verwaltungsprozeß, insbesondere das Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens", DVBl 1952, 521.
- "Das subjektive Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens", NJW 1954, 418.
 - "Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte", NJW 1955, 1457.
 - "Die Rechtsgrundlage der Vollstreckung des Verwaltungsakts", NJW 1956, 1457.
 - "Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte", NJW 1954, 1425.
 - "Unnötige Normierung von Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts im besonderen Verwaltungsrecht", DÖV 1959, 5.
 - "Zur Frage der Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte", NJW 1958, 1661.
- HELFRITZ Hans, "Verwaltungsrecht", Hannover 1949.
- HENZE Karl - Otto, "Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater", Diss. Heidelberg 1955.
- HUBER Ernst Rudolf, "Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts" in "Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft", Berlin 1935.
Zitiert: Neue Grundbegriffe.
- "Über den Rechtsweg für Klagen aus 'Übernahmeverträgen' der Einfuhr lenkung", DÖV 1956, 355.
 - "Wirtschaftsverwaltungsrecht", 2. Aufl., Tübingen 1953.
Erster Band, zitiert: Bd. I; zweiter Band, zitiert: Bd. II.

IPSEN Hans Peter, "Aktionär und Sozialisierung in Verkehrs- und Energiewirtschaft" (Rechtsgutachten), Düsseldorf 1949.
Zitiert: Aktionär und Sozialisierung.

- Buchbesprechung, VerwArch Bd. 50 (1959) S. 94.
- Diskussionsbeitrag zu dem Beratungsgegenstand "Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz" der Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Marburg 1952, VVDStRL 11, 129ff.
- "Gleichheit" in Neumann - Nipperdey - Scheuner "Die Grundrechte", Band II, S. 115ff.
- "Konstruktionsfragen der Getreideeinfuhr-Lenkung", Gedächtnisschrift für Walter Jellinek "Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht", München 1955.
Zitiert: Konstruktionsfragen.
- "Öffentliche Subventionierung Privater", Berlin / Köln 1956 (zitiert: Subv.) = DVBl 1956, 461, 498, 602.
- "Rechtsfragen der Investitionshilfe", ArchÖffR Bd. 39 n.F. (1952/53) S. 284ff.
- "Rechtsgutachten über das Verfahren und den Rechtsschutz bei Gewährung und Verweigerung von Ausfallbürgschaften des Bundes für Filmproduktionskredite", unveröffentlicht, 1951.
Zitiert: Rechtsgutachten.
- "Widerruf gültiger Verwaltungsakte", Hamburg 1932.
Zitiert: Widerruf.

IMBODEN Max, "Der verwaltungsrechtliche Vertrag", Basel 1958.

ISAY Rudolf, "Die juristische Technik der Wirtschaftslenkung", Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt - Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 403ff.

JEHLE Otto, "Fürsorgerecht", Handkommentar, 3. Aufl., München 1958.

JELLINEK Walter, "Verwaltungsrecht", 3. Aufl., Offenburg 1948.

JENTSCH Ulrich, "Zum Begriff des öffentlichen Rechts", DÖV 1956, 299.

KÄÄB - RÖSCH Kommentar zum Bayerischen Landesstraß- und Verordnungs-gesetz, bearbeitet von Artur Kääb und Walter Rösch, München 1958.

- KAUTZ - RIEWALD "Verwaltungszwangsverfahren zur Beitreibung von Geldbeträgen", Kommentar, begründet von Georg Kautz, 8. Aufl. herausgegeben von Alfred Riewald unter Mitwirkung von Max Leisner, Berlin / Köln 1955.
- KEESE Heinz, "Die öffentliche Fürsorge", 5. Aufl., Stuttgart 1957.
- KEGEL Gerhard, "Rohstoff- und Rüstungskredite, Rechtsfragen ihrer Abwicklung", JZ 1951, 385.
- KISTLER Bruno, «Contribution à l'étude juridique des subventions fédérales», Diss. Lausanne 1956.
- KÖTTER - ZIEMER - SIARA Kommentar zum Gesetz über die Investitionshilfe der deutschen gewerblichen Wirtschaft, 2. Aufl., bearbeitet von Siara, Hans-Wilhelm Kötter und Herbert Ziemer, München / Berlin 1952.
- KÖTTGEN Arnold, "Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht", Tübingen 1928.
- "Subventionen als Mittel der Verwaltung", DVBl 1953, 485.
- von KRAUSS Rupprecht, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht", Hamburg 1955.
- KRÜGER Herbert, "Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung", DVBl 1955, 380.
- "Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat", BB 1953, 565.
- KÜCHENHOFF Günther, "Die nichthoheitliche Willenserklärung öffentlichrechtlicher Art", BayVerwBl 1958, 325.
- LAFORET Wilhelm, "Deutsches Verwaltungsrecht", München 1937.
- LANDMANN - GIERS - PROKSCH "Allgemeines Verwaltungsrecht", Düsseldorf 1957.
- LANGE Heinrich, "BGB - Allgemeiner Teil", Studienbuch, 3. Aufl., München / Berlin 1956.
- LARENZ Karl, "Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung", 2. Aufl., München / Berlin 1957.

- LECHNER Hans in "Verwaltungsrecht in Bayern", herausgegeben von Johann Mang, Band I, S. 123ff.
- LEHMANN Heinrich, "Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches", 11. Aufl., Berlin 1958.
- LEIBHOLZ Gerhard, "Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz", DVBl 1951, 193.
- LERCHE Peter, "Zum Rechtsschutz im Recht der öffentlichen Sachen", DVBl 1955, 283ff.
- LÖNING Georges, " 'Faktische Verträge' oder öffentliches Recht. Zur Rechtsstellung der Versorgungsbetriebe, der Post und der Straßenbahnen", ZAkDR 1942, 289.
- LÖW Konrad, "Fiskalgeltung der Grundrechte", DÖV 1957, 879.
- LÜKE Gerhard, Entscheidungsbesprechung, JZ 1959, 257.
- MATTI Alfred, "Die Bundessubvention als Rechtsinstitut des schweizerischen Bundesrechts", Diss. Zürich 1929.
- MAUNZ - DÜRIG Kommentar zum GG, bearbeitet von Theodor Maunz und Günter Dürig, Loseblattausgabe, München / Berlin 1958.
- MAYER Otto, "Deutsches Verwaltungsrecht", 3. Aufl., München / Leipzig 1924. Erster Band, zitiert: Bd. I; zweiter Band, zitiert: Bd. II.
- MEIER-BRANECKE H., "Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht", ArchÖffR Bd. 11 n.F. (1926) S. 230.
- MENGER Christian - Friedrich, "Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht", VerwArch Bd. 50 (1959) S. 77ff und 193ff.
- "Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit", DÖV 1955, 587.
- MERK Wilhelm, Diskussionsbeitrag zu dem Beratungsgegenstand "Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz" der Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Marburg 1952, VVDStRL 11, 127f.
- MODEST Fritz, Kommentar zum Getreidegesetz, Heidelberg 1953.
- MOLITOR Erich, "Über öffentliches Recht und Privatrecht", Karlsruhe 1949.

- NAUMANN Richard, Diskussionsbeitrag zu dem Beratungsgegenstand "Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz" der Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Marburg 1952, VVDStRL 11, 131.
- NAWIASKY Hans, "Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe", 2. Aufl., Einsiedeln / Zürich / Köln 1948.
- NIKISCH Arthur, "Lehrbuch des Zivilprozeßrechts", 2. Aufl., Tübingen 1952.
- NIPPERDEY Hans Carl, "Beiträge zum Tarifrecht", Mannheim / Berlin / Leipzig 1924. Zitiert: Beiträge.
- "Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung", RdA 1950, 121.
- "Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag", Jena 1920. Zitiert: Kontrahierungszwang.
- NOLL "Rechtswidrige Vorkaufsrechte an Grundstücken", JW 1924, 1900.
- OBERMAYER Klaus, Entscheidungsbesprechung, NJW 1958, 1107.
- Entscheidungsbesprechung, NJW 1959, 115.
- OSTERWALDER Max, "Die Exportrisikogarantie des Bundes", Diss. Bern 1944.
- PRAZÁK Georg, "Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden", ArchÖffR Bd. 4 (1889) S. 241ff.
- RADBRUCH Gustav, "Einführung in die Rechtswissenschaft", 9. Aufl., herausgegeben von Konrad Zweigert, Stuttgart 1952.
- RICHTER Lutz, "Das subjektive öffentliche Recht", ArchÖffR Bd. 8 n.F. (1925) S. 1ff.
- RIEDERER - SIEDER Kommentar zum Bayerischen Wassergesetz, bearbeitet von Johann Riederer, Frank Sieder und Herbert Zeitler, München 1957.
- RÖMER Hans, "Abwicklung reichsverbürgter Kredite", BB 1950, 97.
- ROSENBERG Leo, "Lehrbuch des Zivilprozeßrechts", 7. Aufl., München / Berlin 1956.

- von ROSEN - von HOEWEL Harry, Kommentar zum Verwaltungsvollstreckungsgesetz und zum Verwaltungszustellungsgesetz, Berlin / Frankfurt am Main 1953.
- RUCK Erwin, "Schweizerisches Verwaltungsrecht", erster Band: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 1951.
- RUPP Hans Heinrich, "Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt (Eine Untersuchung zur prozeßrechtlichen Behandlung des schlichten Verwaltungshandelns insbesondere im Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge)", DVBl 1958, 113.
- SALZWEDEL Jürgen, "Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlichrechtlichen Vertrages", Berlin 1958.
- von SAVIGNY Friedrich Karl, "System des römischen Rechts", Band I, Berlin 1840.
- SCHELCHER "Die rechtliche Natur und die Wirkungen der Eisenbahnkonzession in Sachsen, mit besonderer Berücksichtigung der elektrischen Straßenbahnen", Fischers Ztschr. Bd. 20, Freiburg 1899.
- SCHEUNER Ulrich, Buchbesprechung, DÖV 1957, 383.
- "Die Selbständigkeit und Einheit der Rechtspflege", DÖV 1953, 517.
 - "Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz", VVDStRL 11, 1ff.
- SCHINDLER Dietrich, "Die Bundessubvention als Rechtsproblem", Diss. Zürich 1951.
- SCHNORR von CAROLSFELD Ludwig, "Arbeitsrecht", 2. Aufl., Göttingen 1954.
- SCHRÖDTER Entscheidungsbesprechung, DÖV 1959, 452.
- SCHÜLE Adolf, "Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz" (Mitbericht), VVDStRL 11, 75ff.
- SCHÜTZ Erwin, "Der Widerruf gesetzwidriger begünstigender Verwaltungsakte", DÖV 1958, 449.

- SIEBERT Wolfgang, "Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung (Zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichem und Privatrecht)", in der Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 215ff.
- SPANNER Hans, Buchbesprechung, DVBl 1958, 725.
- "Organisationsgewalt und Organisationsrecht", DÖV 1957, 640.
- SPIESS Wilhelm, " 'Faktische Verträge' oder öffentliches Recht - oder Tarif ?", ZAKDR 1942, 340ff.
- von STAUDINGER - COING Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, begründet von J. von Staudinger, 11. Aufl., Bd. I, Allgemeiner Teil, Bearbeiter: Helmut Coing, Berlin 1957.
- STEFFEN Wilhelm, "Der öffentlichrechtliche Vertrag im heutigen Recht", Diss. Königsberg, Druck Würzburg 1938.
- STERN Klaus, Entscheidungsbesprechung, NJW 1958, 683.
- "Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlichrechtlichen Vertrages", VerwArch Bd. 49 (1958) S. 106ff.
- STRASSMANN - NITSCHKE Kommentar zum Bundesvertriebenengesetz, bearbeitet von Walter Straßmann und Walter Nitsche, München / Berlin 1953.
- SURÉN - LOSCHELDER Kommentar zur Deutschen Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935, bearbeitet von Friedrich Karl Surén und Wilhelm Loschelder, Bd. I, Berlin 1940.
- TEZNER Friedrich, "Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht", ArchÖffR Bd. 9 (1894) S. 525ff.
- TRIEPEL Heinrich, "Der Konviktorien-Beitrag der Landschaft Norderdithmarschen", in der Festschrift für Heinrich Brunner, München / Leipzig, 1915, S. 523ff.
- von TUREGG Kurt Egon, "Lehrbuch des Verwaltungsrechts", 3. Aufl., Berlin 1956.
- ULE Carl Hermann, "Wirtschaftsverwaltungsrecht und Rechtsschutzproblem", Staatszeitung für Rheinland-Pfalz 1954, Beilage 2.

WAHL Eduard, "Privatrecht und öffentliches Recht", SJZ 1, 27.

WIEACKER Franz, "Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung", ZAkDR 1943, 33.

WINKELSTERN Heinrich, Erläuterungen zu dem Gesetz über den Verkehr mit Getreide und Futtermitteln (Getreidegesetz) vom 4. November 1950, Bonn 1950.

WITTEN Egmont, "Subventionen in der Rechtsprechung", DVBl 1958, 699.

WOLFF Hans J., "Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht", ArchÖffR Bd. 37 n.F. (1950/51) S. 205ff.

- Entscheidungsbesprechung, JZ 1953, 553.

- "Verwaltungsrecht I", Studienbuch, 2. Aufl., München und Berlin 1958.

WOLFF-RAISER "Sachenrecht", 10. Bearbeitung von Martin Wolff und Ludwig Raiser, Tübingen 1957.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A. A.	=	anderer Ansicht
a. a. O.	=	am angegebenen Ort
Abs.	=	Absatz
AktG	=	Aktiengesetz
ÄndG	=	Änderungsgesetz
Anm.	=	Anmerkung
ArchBürgR	=	Archiv für bürgerliches Recht
ArchÖffR	=	Archiv für öffentliches Recht
Art.	=	Artikel
Aufl.	=	Auflage
BAG	=	Bundesarbeitsgericht (bei nachfolgenden Zahlen: Entscheidung des Bundesarbeits- gerichts, zitiert nach Band und Seite)
BAnz	=	Bundesanzeiger
BayBgmstr.	=	Der Bayerische Bürgermeister
BayBS	=	Bayerische Bereinigte Sammlung
BayGO	=	Bayerische Gemeindeordnung
BayObLGSt	=	Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BayObLGZ	=	Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayVerfGH	=	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerwBl	=	Bayerisches Verwaltungsblatt
BayVGH	=	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGH n. F.	=	Entscheidungen des Bayerischen Verwal- tungsgerichtshof, neue Folge
BayWasserG	=	Bayerisches Wassergesetz
BB	=	Der Betriebsberater
Bd.	=	Band
Beschl.	=	Beschluß
BezVG Bln.	=	Bezirksverwaltungsgericht Berlin
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSG	=	Bundessozialgericht

BT	= Bundestag
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	= beziehungsweise
DGO	= Deutsche Gemeindeordnung
Dig.	= Digesten
Diss.	= Dissertation
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DVB1	= Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	= Durchführungsverordnung
Entsch.	= Entscheidung
EnWG	= Energiewirtschaftsgesetz
Erl.	= Erläuterung
ERP	= European Recovery Program (Europahilfs- (Wiederaufbau-) Programm der USA (Marshallplan))
e. V.	= eingetragener Verein
f	= und die folgende (Paragraphen- oder Seiten-) Zahl
ff	= und die folgenden (Paragraphen- oder Seiten-) Zahlen
FGG	= Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fischers Ztschr.	= Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen
Fußn.	= Fußnote
G	= Gesetz
GetrG	= Getreidegesetz (Gesetz über den Verkehr mit Getreide und Futtermitteln)
GG	= Grundgesetz
GmbHG	= Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GMB1	= Gemeinsames Ministerialblatt
GVBl NRW	= Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen

GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
HessVGH	= Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HGB	= Handelsgesetzbuch
h. Mng.	= herrschende Meinung
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung
i. d. Fssg.	= in der Fassung
IHG	= Investitionshilfegesetz
insbes.	= insbesondere
i. Verb. m.	= in Verbindung mit
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
LAG	= Lastenausgleichsgesetz
LG	= Landgericht
LVG	= Landesverwaltungsgericht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MilRegVO Nr. 165 BZ	= Militärregierungsverordnung Nr. 165 für die britische Zone
Mtbl. BAA	= Mitteilungsblatt des Bundesausgleichs- amtes
Mtbl. HfS	= Mitteilungsblatt des Hauptamtes für Soforthilfe
m. zust. Anm.	= mit zustimmender Anmerkung
n. F.	= neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
OGH	= Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	= Entscheidungen der Oberlandesgerichte
OVG	= Oberverwaltungsgericht
OVGE	= Entscheidungen der Obergerwaltungsge- richte Lüneburg und Münster
ProVG	= Entscheidungen des Preußischen Ober- verwaltungsgerichtes
PStGB	= Plozeistrafgesetzbuch
RAO	= Reichsabgabenordnung
RdA	= Recht der Arbeit
RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

RGBI	= Reichsgesetzblatt
S.	= Seite
Schlesw. -Holst. OLG	= Schleswig-Holsteinisches Oberlandes- gericht
Schweizer BGE	= Entscheidungen des Schweizer Bundes- gerichts
sh.	= siehe
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
Sten. Ber.	= Stenographischer Bericht
StGB	= Strafgesetzbuch
SüddVGG	= Verwaltungsgerichtsgesetze in Süd- deutschland
u.	= und
u. a.	= unter anderem
u. dgl. mehr	= und dergleichen mehr
Urt.	= Urteil
UStG	= Umsatzsteuergesetz
v.	= vom
VersR	= Versicherungsrecht
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
vgl.	= vergleiche
VO	= Verordnung
Vorbem.	= Vorbemerkung
VRspr	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutsch- land, herausgegeben von G. Ziegler
VVDStRL	= Veröffentlichung der Vereinigung Deut- scher Staatsrechtslehrer
VwVG	= Verwaltungsvollstreckungsgesetz
Wahlper.	= Wahlperiode
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
WüBadVGH	= Württemberg-Badischer Verwaltungsge- richtshof
ZAG	= Zwangsabtretungsgesetz
ZakDR	= Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZGesStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissen- schaft
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

I. KAPITEL

Einleitung

Mit der Wandlung des Staatsbildes im 20. Jahrhundert vom liberalen Staat zum Sozialstaat hat sich auch das Schwergewicht im Bereich der Verwaltung verschoben. Wenn sich früher die Verwaltung weitgehend darauf beschränkte, Sicherheit und Ordnung durch Eingriffe in Freiheit und Eigentum aufrechtzuerhalten, eine Tätigkeit, die man unter dem Namen Eingriffsverwaltung zusammenfaßt, so erfüllt die Verwaltung heute daneben die Funktion eines Leistungsträgers¹⁾, eine Aufgabe, die an Wichtigkeit den obrigkeitlichen Eingriffen gleichsteht, wenn sie nicht diese gar überflügelt hat; denn der Bürger ist in zunehmendem Maße auf die Verwaltung angewiesen, die ihm in gewählender Weise gegenübertritt. Er muß mit Wasser, Gas und Strom versorgt werden, er ist in hohem Grade auf die öffentlichen Verkehrsbetriebe angewiesen; die Sozialversicherung spielt eine überragende Rolle; ein nicht geringer Kreis von Personen ist von der Betreuung durch die öffentliche Fürsorge abhängig; Schulen und kulturelle Institutionen müssen errichtet und unterhalten werden.

Alle diese Aufgaben können heute nur durch die öffentliche Hand bewältigt werden. Der Bürger, der aus eigener Kraft nicht mehr in der Lage ist, für die Befriedigung seiner Bedürfnisse zu sorgen, bedarf daher der für seine Existenz notwendigen Leistungen der Gemeinwesen.

Auf die daraus erwachsende gewichtige Stellung der gewährenden Verwaltung hat zuerst FORSTHOFF hingewiesen²⁾, der hierfür den bezeichnenden Begriff der Daseinsvorsorge prägte.

In diesen Bereich fällt auch die staatliche Finanzhilfe zugunsten Privater. Für diese gilt es in besonderem Maße, daß die rechtlichen Formen sich noch nicht fest herausgebildet haben³⁾, wie überhaupt im Gebiet der Daseinsvorsorge die rechtliche Durchdringung der Materie hinter ihrer stürmischen Entwicklung herhinkt. Dabei sind aber gerade hier Fragen des Rechtsschutzes für den Bürger von größter Bedeutung⁴⁾, da er ja auf die Leistungen der Gemeinwesen ange-

1) Forsthoff, "Die Verwaltung als Leistungsträger", S. 22.

2) Ebenda, S. 7 ff.

3) Herbert Krüger DVBl 55, 380.

4) Ipsen, Rechtsgutachten S. 14; Herbert Krüger BB 53, 565.

wiesen ist. Die Gewährung von Rechtsschutz ist deshalb so schwierig, weil die Technik der Freiheitsverbürgung und Rechtskontrolle, wie sie der bürgerliche Rechtsstaat hervorgebracht hat, nicht ausreichend erscheint¹⁾.

Die staatliche Finanzhilfe zugunsten Privater verdient aber nicht nur vom Standpunkt des zu begünstigenden Bürgers aus, also unter dem Gesichtspunkt der Daseinsvorsorge, größte Beachtung, sondern auch vom Standpunkt des gewährenden Hoheitsträgers aus. Sie ist nämlich ein sehr wichtiges Mittel der Wirtschaftslenkung²⁾.

Die Verwaltung kann mit Hilfe von finanziellen Zuwendungen ihre Ziele ohne Anwendung obrigkeitlicher Zwangsgewalt durchsetzen, ein Weg, der marktwirtschaftlicher ist als eine Lenkung durch Gebote und Verbote und daher diesem System vorzuziehen³⁾. Die Verwaltung geht dabei so vor, daß sie die Leistungskraft bestimmter Unternehmen oder bestimmter Wirtschaftszweige stärkt, um auf diese Weise das wirtschaftliche Kräfteverhältnis zu regulieren. Sie gewährt Vergünstigungen, wobei sie mit Hilfe von Auflagen oder Bedingungen ihre Bestrebungen verwirklicht⁴⁾. Sie kann auch durch ihre finanzielle Unterstützung eine Abhängigkeit des Staatsbürgers herbeiführen, auf Grund deren der Betreffende den Wünschen der Verwaltung in weitem Maße entspricht. Der auf diese Weise eröffnete staatliche Einfluß ist häufig stärker als jeder Zwang⁵⁾. Dementsprechend bedient sich auch die Verwaltung in sehr großem Umfange des Mittels der Subventionspolitik⁶⁾, d.h. der Lenkung durch finanzielle Hilfen zugunsten Privater⁷⁾. Da trotz ihrer großen Wichtigkeit die Sub-

1) Forsthoff Lb. S. 70.

2) Henze, a.a.O., S. 3 ff.; Ipsen, Subv. S. 1 = DVBl 1956, 461; Isay, a.a.O., S. 413 f.; Scheuner VVDStRL 11, 2 ff., insbes. S. 40.

3) Isay, a.a.O., S. 421.

4) Dazu Herbert Krüger DVBl 55, 380 ff.

5) Scheuner VVDStRL 11, 41. Inwieweit deswegen die Subventionen einer Rechtsgrundlage bedürfen, kann hier nicht erörtert werden. Dazu Bachof VVDStRL 12, 55 ff.; Ipsen, Subv. S. 33 ff. = DVBl 56, 498 ff.; Köttgen DVBl 1953, 485, 487; Witten DVBl 1958, 699 f; BVerwGE 6, 282 = NJW 1958, 1153 (Urt. v. 21. 3. 1958); BVerwG NJW 1959, 1098 (Urt. v. 19. 12. 1958).

6) Köttgen DVBl 1953, 486.

7) Welche Bedeutung die Subventionen vor allem im Bereich der Filmwirtschaft besitzen, schildert Ipsen in seinem Rechtsgutachten über die Filmbürgschaften (S. 1). In anderen Wirtschaftszweigen können die Subventionen u.U. sogar eine sonst unvermeidliche Verstaatlichung (z.B. zum Zwecke der Erhaltung von Arbeitsplätzen) überflüssig machen (Ipsen, Subv. S. 13 = DVBl 1956, 502).

ventionspolitik wenig auffällt, insbesondere, wenn man sie mit obrigkeitlichen Zwangseingriffen vergleicht, bezeichnet sie ERLER¹⁾ treffend als "Mittel der lautlosen Gewalt".

Um die Probleme zu bewältigen, die sich bei der rechtlichen Ausgestaltung der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater ergeben, wurde in jüngster Zeit die Rechtsform des bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisses auf Grund Verwaltungsakts angewandt. Dabei besteht die Besonderheit, daß die Verwaltung das Schuldverhältnis zwischen dem Bürger und ihr, nicht zwischen zwei von ihr getrennten Personen begründet. Das hoheitliche Element des Rechtsverhältnisses soll den Rechtsschutz für den Bürger ermöglichen²⁾, weil man bei rein privatrechtlicher Gestaltung den Schutz für nicht ausreichend erachtete³⁾. Der bürgerlichrechtliche Bestandteil soll die Verwaltung durch die damit verbundene Liberalisierung begünstigen und ihr ein ausgeformtes System von Rechten und Pflichten zur Verfügung stellen, das die Verwirklichung ihrer Anliegen erleichtert⁴⁾.

Die Rechtsform des bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisses auf Grund Verwaltungsakts soll auch Anwendung finden bei den sog. "Übernahmeverträgen", wobei auch hier nur ein zweiseitiges Verhältnis zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger besteht. Bei den "Übernahmeverträgen" handelt es sich ebenfalls um ein Mittel der Wirtschaftslenkung⁵⁾. Mit ihrer Hilfe sollen die Einfuhrstellen eine Lenkung im Hinblick auf Menge und Preis eingeführter Nahrungsmittel erreichen⁶⁾.

Die vorliegende Untersuchung soll nun der Frage gelten, ob sich die Rechtsform des bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisses zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsakts dem System der deutschen Rechtsordnung überhaupt einpaßt, und ob sie geeignet ist, die auftauchenden Probleme zu meistern.

1) Int. Finanzhilfe, S. 37.

2) Herbert Krüger DVBl 55, 385.

3) Bachof DÖV 1953, 422 f.

4) Siebert, a. a. O., S. 245 ff.

5) Hamann, "Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung", S. 122 ff.; Arendt, a. a. O., Erl. zu § 7 GetrG.

6) Ipsen, Konstruktionsfragen, S. 602; Huber DÖV 1956, 357.

II. KAPITEL

Anwendungsbereich der bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsaktes

1. Subventionen

Bei den Subventionen wenden in Deutschland im Anschluß an IPSEN¹⁾ eine ganze Reihe von Autoren die Rechtsform des bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisses zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsaktes an²⁾. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte behandelt dementsprechend den Akt der Gewährung oder Verweigerung einer Subvention als Verwaltungsakt³⁾. IPSEN⁴⁾, MAUNZ - DÜRIG⁵⁾ und in besonders gelagerten Fällen das BVerwG⁶⁾ zählen auch die Bevorzugung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu den Subventionen und halten daher dort ebenfalls eine aus öffentlichem und privatem Recht gemischte Rechtsform für gegeben. Für die verlorrenen Zuschüsse soll jedoch in allen Fällen eine rein öffentlichrechtliche Gestaltung am Platze sein⁷⁾.

Einige Stimmen sprechen sich hingegen für eine rein privatrechtliche Betrachtungsweise bei allen Subventionen aus⁸⁾.

In der Schweiz hat sich eine rein öffentlichrechtliche Konstruktion herausge-

1) Rechtsgutachten; Subv. S. 62 = DVBl 1956, 604.

2) Bitter, a. a. O., S. 145; Erler, Int. Wirtschaftsrecht, S. 192; Henze, a. a. O., S. 37 ff.; Isay, a. a. O., S. 419; Krüger DVBl 1955, 480; Maunz - Dürig, a. a. O., Anm. 137 und 138 zu Art. 1 Abs. 3 GG (insbes. Fußn. 1 zu Anm. 137); Menger DÖV 1955, 587; Schüle VVDStRL 11, 98. Unentschieden Ule, Staatszeitung für Rheinland-Pfalz 1954, Beilage 2.

3) BVerwGE 1, 308 = NJW 1955, 437 = DVBl 1955, 258 (Urt. v. 12. 1. 1955); BVerwG NJW 1958, 2129 m. Anm. Flessa NJW 1959, 403 = DÖV 1959, 108 (Urt. v. 23. 7. 1958); OVG Münster DVBl 1953, 578 (Beschl. v. 27. 3. 1953) = DÖV 1953, 703 = VRspr 5 (1953) Nr. 186 (S. 874); OVG Berlin JR 1955, 75 (Urt. v. 4. 11. 1954); VGH Stuttgart NJW 1956, 75 (Urt. v. 31. 3. 1955).

4) Subv. S. 55 = DVBl 1956, 504.

5) A. a. O., Anm. 137 zu Art. 1 Abs. 3 GG.

6) Urt. v. 6. 6. 1958 in DÖV 1958, 667 m. Anm. Flessa DÖV 1959, 106 = NJW 1959, 115 m. zust. Anm. Obermayer.

7) Ipsen Subv. S. 63 = DVBl 1956, 604 f.; Henze, a. a. O., S. 118 ff.

8) Kegel JZ 1951, 385; Römer BB 1950, 97 (mit Einschränkungen); insbes. aber Flessa NJW 1954, 538 und DVBl 1957, 120.

bildet¹⁾. Im außerschweizerischen Bereich wurde die Meinung, daß es sich um öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse handelt, bereits früher von SCHECHER²⁾ und TEZNER³⁾ vertreten.

Unter einer Subvention ist dabei nach SIEBERT⁴⁾ die Förderung zu verstehen, die ein Träger öffentlicher Verwaltung in Verfolg wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Zwecke einem Unternehmen (im weitesten Sinne) zur Stärkung seiner Leistungskraft zukommen läßt. Auszuscheiden hat also die soziale Fürsorge zugunsten von Hilfsbedürftigen und Versorgungsempfängern.

Während SIEBERT⁵⁾ betont den geförderten Personenkreis nicht sehr scharf umreißt, halten IPSEN⁶⁾ und SCHEUNER⁷⁾ die Begünstigung eines Wirtschaftsunternehmers, d. h. einer Person, die aktiv zum Zwecke der Gewinnerzielung am Wirtschaftsleben teilnimmt, für begriffswesentlich⁸⁾.

1) Imboden, a. a. O., S. 158, 162, 208 (allerdings mit gewissen Einschränkungen); Kistler, a. a. O., S. 32 f.; Matti, a. a. O., S. 13, 39; Osterwalder, a. a. O., S. 66 ff.; Schindler, a. a. O., S. 132; Schweizer BGE 50 II 293 (v. 9. 7. 1924); 62 II 291 (v. 23. 10. 36).

2) Fischers Ztschr. Bd. 20 S. 103 ff.

3) ArchÖffR 9 (1894) S. 525 ff.

4) A. a. O., S. 235.

5) Ebenda.

6) Subv. S. 8 = DVBl 1956, 463.

7) VVDStRL 11, 40.

8) Ipsen führt dies allerdings nicht immer folgerichtig durch. So bezeichnet er die staatliche Förderung von Privatschulträgern in Subv. S. 61 = DVBl 1956, 603 Fußn. 97 als Subventionierung. Einen Privatschulträger wird man aber kaum als Person bezeichnen können, die aktiv zum Zwecke der Gewinnerzielung am Wirtschaftsleben teilnimmt. Dasselbe gilt für die Personen, die sich ein Haus bauen oder eine Eigentumswohnung schaffen, in ihrer Eigenschaft als Wohnungsbauende. Ipsen betrachtet aber auch die Maßnahmen zur Förderung des Wohnungsbaues nach den Wohnungsbaugesetzen (1. WoBaUG v. 24. 4. 1950 BGBl I S. 83 i. d. Fassung v. 25. 8. 1953 BGBl I S. 1047 und i. d. Fassung des § 124 des Wohnungsbau- und Familienheimgesetzes v. 27. 6. 1956 BGBl I S. 523, geändert durch Gesetz v. 26. 9. 1957 BGBl I 1393; 2. WoBaUG v. 27. 6. 1956, geändert durch Gesetz v. 26. 9. 1957 BGBl I 1393) als Subventionen (Subv. S. 32 = DVBl 1956, 468 f). Henze, a. a. O., S. 30 ff. und Haarmann DVBl 1956, 598 rechnen die Wohnungsbauförderung ebenfalls zu den Subventionierungsmaßnahmen.

KÖTTGEN¹⁾ hingegen schließt nicht aus, daß auch einzelnen nicht in ihrer Eigenschaft als Wirtschaftsunternehmer Subventionen gewährt werden können, hält die Förderung eines Unternehmers aber für den Regelfall. Es sollen keineswegs alle Förderungsmaßnahmen des modernen Sozialstaates unterschiedslos dem Deutungsschema der Subvention unterworfen werden, insbesondere nicht Fürsorge- und Versorgungsleistungen. Auch MATTI²⁾ und SCHINDLER³⁾ beschränken den Begriff der Subvention nicht auf Maßnahmen zugunsten von Unternehmern.

Für die Untersuchung der Frage, ob es im Bereich der staatlichen Förderungsmaßnahmen bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse auf Grund Verwaltungsaktes gibt, ist nur ein juristischer Begriff der Subvention brauchbar. Die Tatsache, daß gerade ein Unternehmer begünstigt wird, mag wirtschaftswissenschaftlich von Bedeutung sein, in juristischer Hinsicht ist sie es nicht. Die Herausarbeitung eines eigenen rechtlichen Begriffs der Subvention ist erforderlich, um die Förderungsmaßnahmen eines Hoheitsträgers zu bezeichnen, die bis vor kurzem in Deutschland fast ausschließlich als rein privatrechtliche Tätigkeit des Hoheitsträgers angesehen worden sind⁴⁾, deren Rechtsform aber heute streitig geworden ist.

Nicht zu den Subventionen zählen daher Förderungsmaßnahmen, die bereits eine durchgebildete öffentlichrechtliche Form aufweisen wie Fürsorgeunterstützungen⁵⁾ und Renten. Andererseits ist nicht einzusehen, weshalb z.B. Darlehen und Stipendien der öffentlichen Hand zugunsten von Studenten, also eines Personenkreises, der nicht als Unternehmer angesprochen werden kann, oder die Gewährung von Zuschüssen an Jugendorganisationen nicht als Subventionen eingestuft werden können⁶⁾. Eine rein öffentlichrechtliche Rechtsform

1) DVBl 1953, 490.

2) A. a. O., S. 76 f.

3) A. a. O., S. 146.

4) Vgl. Fleiner, a. a. O., S. 126 f.

5) Kistler, a. a. O., S. 24 klammert ebenfalls die Fürsorgeunterstützungen aus.

6) Ipsen (Subv. S. 32 = DVBl 1956, 469) weist selbst darauf hin, daß gerade hier sich interessante Rechtsfragen einstellen können, deren Problematik nicht anders ist als bei der Förderung von Wirtschaftsunternehmern. Hier ist vor allem die Zuschußsperre des Bundesinnenministers für Haushaltsmittel gegenüber dem Sozialistischen Deutschen Studentenbund wegen kritischer Presseäußerungen seines früheren Vorsitzenden über den Bundestag zu erwähnen (Erörterung im BT vom 19.1.1956).

wird bei diesen Förderungsmaßnahmen nicht allgemein angenommen. Um die Rechtsform geht es aber bei der Herausstellung eines rechtlichen Begriffs der Subvention als Unterfall von Förderungsmaßnahmen eines Hoheitsträgers zugunsten einzelner.

Demnach ist der Auffassung KÖTTGENS beizupflichten, daß die Begünstigung eines Unternehmers nicht begriffswesentlich ist.

Nicht begriffsnotwendig ist im deutschen Rechtsgebiet auch, daß der Träger öffentlicher Verwaltung dem Staatsbürger die Förderung unter Bedingungen angedeihen läßt, wie dies SCHINDLER¹⁾ für das Rechtsgebiet der Schweiz annimmt. MATTI²⁾ und KISTLER³⁾ hingegen fordern auch für die Schweiz nur Zweckgebundenheit der Zuwendung. Das ist auch im deutschen Rechtsgebiet anzunehmen⁴⁾.

Die Förderung muß unmittelbar im öffentlichen Interesse erfolgen⁵⁾, sonst liegt ein erwerbswirtschaftlich-fiskalisches Handeln des Hoheitsträgers und damit keine Subvention vor.

MATTI⁶⁾ und KISTLER⁷⁾ rechnen die Leistungen des Bundes an die Kantone sowie an andere Träger öffentlicher Verwaltung zu den Subventionen.

Soweit Staat und Gemeinden Zuschüsse erhalten, handelt es sich jedoch um ein staatsrechtliches Problem, das in die Materie des Finanzausgleiches einzureihen ist⁸⁾. Der Finanzausgleich gehört nicht zum Bereich des Subventions-

1) A. a. O., S. 146.

2) A. a. O., S. 55.

3) A. a. O., S. 21 f.

4) Vgl. die oben S. 5 angeführte Begriffsbestimmung von Siebert (a. a. O., S. 235).

5) Bitter, a. a. O., S. 139. Die Zwecke können dabei sehr mannigfaltiger Art sein, Ipsen (Subv. S. 45 ff. = DVBl 1956, 501f) zählt auf: Milderung von Not- und Krisenlagen (wobei die Grenze zur Fürsorge für Sozialschwache flüchtig ist), Herbeiführen eines Ausgleiches zwischen verschiedenen Wirtschaftsgebieten, devisa- und währungspolitische Lenkungsmotive und -ziele, Behebung von Kriegsfolgen, Vermeidung sonst zwangsläufiger Verstaatlichung.

6) A. a. O., S. 13, 76 f.

7) A. a. O., S. 14.

8) Bühler im Bonner Kommentar zum GG, Vorbem. I zum Abschnitt X des GG, Anm. II zu Art. 106 GG.

wesens¹⁾. Wenn andere Verwaltungsträger als Staaten und Gemeinden Zuweisungen bekommen, so fällt dies zwar nicht in den Rahmen des Finanzausgleiches, aber auch diese Vergünstigungen sind hier auszuklammern²⁾. Es handelt sich um Angelegenheiten des Organisationsrechts, für das andere Prinzipien gelten als für die Subventionierung. Die Förderungsmaßnahmen müssen demzufolge Private begünstigen.

HUBER³⁾ unterscheidet zwischen direkten und indirekten Subventionen. Direkte Subventionen sollen vorliegen, wenn den begünstigten Unternehmen geldliche Zuschüsse ohne Rückzahlungspflicht aus öffentlichen Mitteln gewährt werden, oder wenn ihnen Lieferungen zu verbilligten Preisen unter Deckung der Preisdifferenz aus öffentlichen Mitteln erbracht werden. Auch Entschuldungsaktionen fallen darunter.

Indirekte Subventionen sind nach HUBER Vergünstigungen, durch die der Empfänger einen Vorteil zu Lasten der öffentlichen Hand erlangt, ohne daß die Form des öffentlichen Zuschusses verwendet wird. Beispiele sind: Bevorzugung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, steuerliche Vergünstigungen wie Verzicht und Stundung von Abgaben, Gewährung von Vorzugstarifen bei der Inanspruchnahme öffentlicher Versorgungsunternehmen usw.

Diese "indirekten Subventionen" sind keine Subventionen im hier verstandenen Sinne. Dies findet seine Begründung darin, daß sie keine selbständigen Förderungsmaßnahmen darstellen. Sie sind Bestandteile eines einheitlichen Vorganges, der als Ganzes keine Subvention bildet. Da die Förderungsmaßnahme dieser Einheit angehört, kann sie nicht der selbständigen Rechtsform der Subvention unterfallen⁴⁾. So sind der Verzicht und die Stundung von Steuern Bestand-

1) Ebenso Ipsen, Subv. S. 5 = DVBl 1956, 462; Schindler, a. a. O., S. 146.

2) So zutreffend Scheuner VVDStRL 11, 40.

3) Bd. II S. 258.

4) Ebenso Kistler, a. a. O., S. 20:

« Lorsque la subvention est allouée à l'occasion d'un autre acte juridique (contrat de vente ou de prêt, souscription d'actions, prise en charge, etc.), nous avons affaire à des subventions cachées, car l'acte juridique garde le nom de ce contrat particulier, bien qu'il contienne un rapport de subventionnement. On n'emploie pas le terme de subvention pour désigner la prestation de l'Etat, mais on continue, dans le contrat de vente par exemple, de parler de prix, quoique ce prix constitue partiellement une subvention. Le rapport de subventionnement partage la condition juridique de l'acte

teile des Steuerrechtsverhältnisses und gehören damit dem Bereich des Steuerrechts an. Die Vorzugstarife bei der Inanspruchnahme öffentlicher Versorgungsunternehmen können nicht aus diesem Benutzungsverhältnis herausgelöst werden. Die Bevorzugung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge betrifft die Auswahl des Partners für den Abschluß eines Kauf- oder Werkvertrages und kann von diesem nicht getrennt werden. Es geht auch nicht an, wegen der Bevorzugung bei der Auswahl des Partners das gesamte Rechtsverhältnis als Subvention anzusprechen; denn es dient in erster Linie der Deckung des Sachbedarfs der Verwaltung. Die Bevorzugung einer bestimmten Person kann nur Nebenzweck sein. Die Ansicht IPSENS, der auch die sog. "Realförderung des Privaten", wozu er in der Hauptsache die Bevorzugung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zählt, als Subvention einordnet¹⁾, ist daher abzulehnen²⁾. Dies gilt auch dann, wenn Gesetze vorschreiben, daß bestimmte Personenkreise bei der Vergabe eines Auftrages der öffentlichen Hand bevorzugt zu berücksichtigen sind³⁾, da selbst in diesem Falle der Hauptzweck die

dans lequel il est incorporé. Nous n'examinerons pas davantage les subventions cachées, car elles n'intéressent pas le juriste dont le but est l'étude de l'institution de la subvention comme telle. »

- 1) Subv. S. 55 = DVBl 1956, 504. Dem angeschlossen haben sich Maunz - Dürig, a. a. O., Anm. 137 zu Art. 1 Abs. 3 GG.
Zustimmend auch Menger VerwArch Bd. 50 (1959) S. 77.
- 2) So auch Henze, a. a. O., S. 21.
- 3) In BVerwGE 5, 325 = NJW 1958, 394 (m. zust. Anm. Stern NJW 1958, 683) = DVBl 1958, 864 (mit im wesentlichen zust. Anm. Bettermann) = JZ 1958, 473 (Urt. v. 7. 11. 1957) wird die Vergabe öffentlicher Aufträge im allgemeinen zu den bürgerlichrechtlichen Handlungen des Staates gezählt, die dieser wie jeder andere Privatmann ausführt. Das BVerwG schließt allerdings die Möglichkeit nicht aus, daß auch einmal eine Subventionierungsmaßnahme vorliegen könne.
Einen solchen Fall erachtet das BVerwG in DÖV 1958, 667 = NJW 1959, 115 m. zust. Anm. Obermayer (Urt. v. 6. 6. 1958) bei dem dort zur Entscheidung stehenden Sachverhalt für gegeben. Es handelt sich dabei um die bevorzugte Berücksichtigung bei der Vergabe eines Auftrages der öffentlichen Hand gemäß § 74 BVFG (G über Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge v. 19. 5. 1953 BGBl I S. 201, geändert durch G v. 3. 8. 1954 BGBl I S. 231 und durch G v. 27. 7. 1957, i. d. Fassung v. 14. 8. 1957 BGBl I S. 1215). Weil das BVerwG für diesen Fall eine Subventionierungs-

Deckung des Sachbedarfs der Verwaltung bleibt, so daß das Rechtsgeschäft als Ganzes nach wie vor nicht unmittelbar der Verwirklichung öffentlicher Anliegen dient¹⁾. Es handelt sich um ein rein privatrechtliches Hilfsgeschäft der Verwaltung²⁾, nicht um eine Subvention. Die Bevorzugung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge scheidet daher - entgegen der Ansicht von IPSEN, MAUNZ - DÜRIG und des BVerwG in DÖV 1958, 667 - von vornherein als Anwendungsfall der bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsakts aus.

Wenn HENZE³⁾ und HUBER⁴⁾ unter direkten Subventionen, die nach dem Dargelegten allein die Subventionen im juristischen Sinne bilden, nur die verloreren Zuschüsse verstehen, so ist ihnen in diesem Punkt nicht zu folgen⁵⁾. Auch Kredite, Bürgschaften, Refinanzierungszusagen und Gewährleistungen sind Subventionen, wenn sie von Hoheitsträgern im öffentlichen Interesse Privaten gewährt werden. Für die Einstufung als Subvention ist die Zuwendung eines Vermögensvorteils wesentlich, die auch in den Formen von Krediten,

maßnahme annimmt, wendet es auch die Rechtsform des bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisses auf Grund Verwaltungsaktes an. Dem ist jedoch nach dem oben Ausgeführten nicht zu folgen. (Im Ergebnis ebenso Straßmann - Nitsche, a. a. O., Erl. zu § 74 BVFG, die bei Mißachtung des § 74 BVFG durch die Verwaltung nur eine Dienstaufsichtsbeschwerde für möglich halten, aber dem Betroffenen keinen gerichtlichen Rechtsschutz zubilligen, wie es bei Annahme eines Verwaltungsaktes geschieht. Ob den Betroffenen nicht doch Rechtsschutz - allerdings vor den ordentlichen Gerichten - zu gewähren ist, braucht hier nicht geklärt zu werden.)

1) Vgl. Imboden, a. a. O., S. 54.

2) Imboden, ebenda. Übereinstimmend auch Flessa NJW 1958, 1276 und DÖV 1959, 106.

3) A. a. O., S. 19.

4) Bd. II S. 258.

5) Henze bleibt selbst seiner Begriffsbestimmung nicht treu, worauf Ipsen (Subv. S. 8 = DVBl 1956, 463 Fußn. 12) zu Recht hinweist. Henze bezeichnet nämlich auf S. 85 Kredite als Subventionen und rechnet die Bürgschaften stillschweigend auch dazu (S. 35 ff.).

Bürgschaften, Refinanzierungszusagen und Gewährleistungen erfolgen kann¹⁾.

Als Subventionen im juristischen Sinne kommen demnach in Betracht:

- a) Verlorene Zuschüsse;
- b) Kredite;
- c) Bürgschaftsübernahmen und Refinanzierungszusagen;
- d) Gewährleistungen.

a) Verlorene Zuschüsse sind geldliche Zuwendungen ohne Rückzahlungspflicht oder Lieferungen zu verbilligten Preisen unter Deckung der Preisdifferenz aus öffentlichen Mitteln. Auch Zinszuschüsse und Entschuldungsaktionen fallen darunter²⁾.

b) Bei den Krediten zählen nur solche zu den Subventionen, die vorwiegend im öffentlichen Interesse, insbesondere zum Zwecke der Wirtschaftslenkung aus öffentlichen Mitteln gewährt werden³⁾. Nicht zu den Subventionen zu rechnen ist daher die Kreditvergebung durch staatliche, kommunale oder andere öffentliche Kreditinstitute⁴⁾. Maßgebend ist bei diesen nämlich in erster Linie die kaufmännische Bonität des Kreditsuchenden. Mögen bei der Vergabe auch gesamtwirtschaftliche oder politische Gesichtspunkte mit hereinspielen, so stellen sie doch nicht den unmittelbaren Zweck der Leistung dar. Es handelt sich bei dieser vom Rentabilitätsstreben beherrschten Tätigkeit der Kreditinstitute um erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen

1) Übereinstimmend BVerwG NJW 1958, 2130 (Urt. v. 23. 7. 1958).

Die Kredite müssen dabei gar nicht unter besonders günstigen Bedingungen vergeben werden, wie das BVerwG annimmt. Wenn dem Bürger sonst keine Kreditquellen offenstehen, stellt bereits die Möglichkeit, Kredit zu den üblichen Bedingungen zu erlangen, einen Vermögensvorteil dar.

2) Nach Huber Bd. II S. 258.

3) Vgl. Kistler, a. a. O., S. 17 f.

4) Henze, a. a. O., S. 27.

Hand¹⁾.

c) Dies gilt auch für die Bürgschaften der öffentlichen Kreditinstitute, sofern diese nicht unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen. Eine Bürgschaft ist dann als Subvention anzusprechen, wenn ein Hoheitsträger für die Schulden eines einzelnen dem Gläubiger gegenüber aus Gründen einzustehen verspricht, die unmittelbar im öffentlichen Interesse liegen.

Subventionsverhältnisse sind auch die Beziehungen zwischen einem Hoheitsträger und einem Bürger, dem im Wege der sog. "Refinanzierung" die Kreditbeschaffung erleichtert wird. Bei der Refinanzierung gewährt der Hoheitsträger einem privaten Kreditgeber ein Darlehen, um dessen Darlehensnehmer, nicht ihn selbst, im öffentlichen Interesse zu fördern²⁾. Der private Kreditgeber muß dabei aber im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Kredit vergeben, nicht als mittelbarer oder unmittelbarer Stellvertreter des Hoheitsträgers, sonst liegt keine Refinanzierungszusage, sondern ein Subventionsdarlehen unter Einschaltung eines Kreditinstitutes vor³⁾.

d) Mit Gewährleistungen bezeichnet man Subventionen, wenn der Hoheitsträger - ebenfalls wieder im öffentlichen Interesse - dem Staatsbürger gegenüber für einen Rechtsverlust eintritt.

Subventionen im juristischen Sinne sind demnach unmittelbare Förderungsmaßnahmen in Form von verlorenen Zuschüssen, Krediten, Bürgschaften, Refinanzierungszusagen und Gewährleistungen eines Hoheitsträgers in Verfolg wirtschaftlicher, sozialer oder kultureller Zwecke zugunsten eines Privaten mit Ausnahme von Fürsorge- und Versorgungsleistungen sowie anderen Zuwendungen, für die derzeit bereits eine ausgeprägte öffentlichrechtliche Rechtsform vorhanden ist.

Eine erschöpfende Übersicht über die Subventionierungsmaßnahmen in der Bundesrepublik kann an dieser Stelle wegen der Vielfalt der Förderungsaktionen nicht gegeben werden. Es sollen daher nur einige markante Beispiele für

1) Dazu Köttgen, "Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht", S. 14.

Sh. auch BVerwG NJW 1958, 2129 (Urt. v. 23.7.1958).

2) Vgl. Flessa DVBl 1957, 118.

3) Näheres dazu unten S. 127 ff.

die verschiedenen Typen von Subventionen aufgezählt werden¹⁾.

a) Verlorene Zuschüsse :

Anschauliche Beispiele für verlorene Zuschüsse sind die verschiedenen Gasöl-Betriebsbeihilfen für die Landwirtschaft²⁾, die Fischerei³⁾, die Schifffahrt⁴⁾, für besonders wichtige Wirtschaftsbetriebe⁵⁾ sowie für den Schienenverkehr⁶⁾. Hier sind ferner die Zuschüsse zur Förderung des Bergarbeiterwohnungsbaues zu erwähnen⁷⁾.

Besonders stark wird die Landwirtschaft gefördert⁸⁾. Als charakteristisches Beispiel für einen verlorenen Zuschuß in diesem Bereich seien die Ausgleichsbeiträge an Hühnerhalter wegen der hohen Futtergetreidepreise herausgegriffen⁹⁾.

-
- 1) Ipsen, Subv. S. 25 ff. = DVBl 1956, 467 ff. gliedert seine Aufzählung nach geförderten Wirtschaftszweigen. Für eine juristische Untersuchung ist eine Einteilung nach rechtlichen Erscheinungsformen aber aufschlußreicher.
 - 2) VO über die Gewährung von Betriebsbeihilfe für Betriebe der Landwirtschaft, des Garten- und Weinbaues (Gasöl-Betriebsbeihilfe VO - Landwirtschaft) v. 25.2.1956 (BGBl I S. 87).
 - 3) VO über die Verbilligung von Dieselmotorkraftstoff für die Große Hochsee-, Große Herings-, Kleine Hochsee-, Küsten- und Binnenfischerei (DKVO-Fischerei) v. 6.6.1951 (BGBl I S. 376).
 - 4) VO über die Verbilligung von Dieselmotorkraftstoff für die See-, Küsten- und Binnenschifffahrt (DKVO-Schiff) v. 6.6.1951 (BGBl I S. 375) i. d. Fassung v. 13.6.1952 (BGBl I S. 334).
 - 5) VO über die Gewährung von Betriebsbeihilfe für Betriebe des Bergbaus, für Torf, Steine und Erden fördernde Betriebe, für Betriebe aller Art zum Antrieb von Maschinen für Stromerzeugung sowie für Betriebe der öffentlichen Wasserversorgung (Gasöl-Betriebsbeihilfe VO - Wirtschaft) v. 25.2.1956 (BGBl I S. 90).
 - 6) VO über die Gewährung von Betriebsbeihilfe für Verkehrsbetriebe mit schieneungebundenen Fahrzeugen (Gasöl-Betriebsbeihilfe VO - Schienenverkehr) v. 25.2.1956 (BGBl I S. 93).
 - 7) § 2 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes zur Förderung des Bergarbeiterwohnungsbaues im Kohlenbergbau v. 23.10.1951 (BGBl I S. 865).
 - 8) Vgl. Ipsen, Subv. S. 25 f = DVBl 1956, 467.
 - 9) Gesetz zur Förderung der deutschen Eierwirtschaft v. 31.3.1956 (BGBl I S. 239).

Auf dem kulturellen Sektor verdienen die Stipendien, die von der öffentlichen Hand an förderungswürdige Studierende vergeben werden¹⁾, und die Zuschüsse an Jugendorganisationen²⁾ besondere Beachtung.

b) Kredite:

Von den Subventionskrediten sind in erster Linie die Aufbau- und Eingliederungsdarlehen nach dem Lastenausgleichsgesetz³⁾, dem Bundesvertriebenen-gesetz⁴⁾ und dem Bundesevakuiertengesetz⁵⁾ zu nennen, ferner die Wohnungs-

-
- 1) Richtlinien des Bundesministers des Inneren für die Förderung von Studenten wissenschaftlicher Hochschulen in der Bundesrepublik und Berlin (West) (Honnefer Modell) v. 1.3.1958 (III 3 - 33 435 - 3202 / 58) mit Anlagen 1 - 4 v. 1.3.1958.
 - 2) Richtlinien für den Bundesjugendplan (RdErl. des Bundesministers des Inneren v. 12.3.1954 GMBI S. 137, zuletzt i.d.Fssg. des Erl. des Bundesministers für Familien- und Jugendfragen v. 22.5.1958 GMBI S. 273); Erl. des Bundesministers für Familien- und Jugendfragen über die Durchführung des 9. Bundesjugendplanes v. 22.5.1958 (GMBI S. 232, 287).
 - 3) §§ 254, 259 des Gesetzes über den Lastenausgleich (LastenausgleichsG - LAG) v. 14.8.1952 (BGBl I S. 446) i.d. Fssg. v. 7.3.1953 (BGBl I S. 51), geändert durch 2. ÄndG v. 24.7.1953 (BGBl I S. 692), 3. ÄndG v. 24.7.1953 (BGBl I S. 693), 4. ÄndG v. 12.7.1955 (BGBl I S. 403); 5. ÄndG v. 20.8.55 (BGBl I S. 529), 6. ÄndG v. 29.3.1956 (BGBl I S. 161), 7. ÄndG v. 11.5.1956 (BGBl I S. 421), 8. ÄndG v. 26.7.1957 (BGBl I S. 809) sowie durch das BVFG v. 19.5.1953 (BGBl I S. 201), das Altspärergesetz v. 14.7.1953 (BGBl I S. 495) und das 2. WoBauG v. 27.6.1956 (BGBl I S. 523).
 - 4) § 72 des Gesetzes über Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (BundesvertriebenenG - BVFG) v. 19.5.1953 (BGBl I S. 201), geändert durch Gesetz v. 3.8.1954 (BGBl I S. 231) und v. 27.7.1957 i.d. Fssg. v. 14.8.1957 (BGBl I S. 1215).
 - 5) § 12 des Gesetzes v. 14.7.1953 (BGBl I S. 586), geändert durch G v. 3.10.1957 i.d. Fssg. v. 5.10.57 (BGBl I S. 1687).

baudarlehen nach dem Ersten¹⁾ und Zweiten Wohnungsbaugesetz²⁾ sowie nach dem Gesetz zur Förderung des Bergarbeiterwohnungsbaues im Kohlenbergbau³⁾.

Wegen der eingehenden gesetzlichen Ausgestaltung sind die Kredite nach dem Gesetz über Darlehen zum Bau und Erwerb von Handelsschiffen⁴⁾ ein besonders einprägsames Beispiel.

Aus dem kulturellen Bereich ist die Förderung von Studierenden durch Darlehen der öffentlichen Hand zu erwähnen⁵⁾.

c) Bürgschaften:

Ausgangspunkt einer eingehenden rechtlichen Behandlung der Subventionen bildete das Rechtsgutachten von IPSEN über Ausfallbürgschaften des Bundes für Filmproduktionskredite⁶⁾.

Der Landwirtschaft werden Bürgschaften für Saatenkredite⁷⁾ und zur Förderung der landwirtschaftlichen Siedlung gewährt⁸⁾.

-
- 1) § 3 des 1. WoBauG v. 24.4.1950 (BGBl I S. 83) i. d. Fssg. v. 25.8.1953 (BGBl I S. 1047) und i. d. Fssg. des 2. WoBauG v. 27.6.1956 (BGBl I S. 523), geänd. durch G v. 26.9.1957 (BGBl I S. 1393).
 - 2) §§ 21 Abs. 3, 42 des 2. WoBauG v. 27.6.1956 (BGBl I S. 523), geänd. durch G v. 26.9.1957 (BGBl I S. 1393).
 - 3) § 2 Abs. 2 Satz 1 des G v. 23.10.1951 (BGBl I S. 865).
 - 4) G v. 27.9.1950 (BGBl I S. 684); 1. DVO dazu v. 22.12.1950 (BGBl 1951 I S. 69).
 - 5) Richtlinien des Bundesministers des Inneren für die Förderung von Studenten wissenschaftlicher Hochschulen in der Bundesrepublik und Berlin (West) (Honnefer Modell) v. 1.3.1958 (III 3 - 33 435 - 3202 / 58) mit Anlagen 1 - 4 v. 1.3.1958; Allg. Richtlinien des Bundesministers des Inneren für die Vergabe von langfristigen Studiendarlehen v. 1.3.1958 (III 3 - 33 435 - 3279 / 58).
 - 6) Diese Bürgschaften wurden auf Grund eines Beschlusses des Bundestags v. 31.3.1950 (1. Wahlper. 1949 57. Sitzung, Sten. Ber. S. 2120 A) erteilt.
 - 7) So das G v. 30.7.1951 über eine Bundesbürgschaft zur Abwicklung von Saatenkrediten (BGBl I S. 475).
 - 8) G v. 15.5.1953 (BGBl I S. 224).

Bürgschaften für das Exportgeschäft sind vorgesehen in § 3 Abs. 4 des Gesetzes über die Kreditanstalt für Wiederaufbau¹⁾.

Der Wohnungsbau wird durch Bürgschaften nach § 5 des 1. WoBauG²⁾ und nach § 24 des 2. WoBauG³⁾ gefördert.

Bürgschaften werden schließlich auch gemäß § 72 BVFG⁴⁾ und § 12 Bundes-evakuiertengesetz⁵⁾ übernommen.

Refinanzierungszusagen:

Eine Refinanzierungszusage wird einem Bürger erteilt, wenn die öffentliche Hand ihn begünstigt, indem sie der Bank des Bürgers, von der dieser Kredit erhält, ein Refinanzierungsdarlehen nach § 303 LAG⁶⁾ gewährt⁷⁾. Die nach dieser Bestimmung hingegebenen sog. "Liquiditätskredite" erhalten nämlich die Geldinstitute, damit die Kreditvergabe im Interesse der Kreditsuchenden erleichtert wird⁸⁾.

Soweit die Personen, die von der Kreditanstalt für Wiederaufbau⁹⁾ und vom ERP - Sondervermögen des Bundes¹⁰⁾ begünstigt werden, nicht selbst ein Darlehen erhalten, sondern nur die Zusicherung der Erleichterung der Kreditsuche durch Darlehen an ein Kreditinstitut ("Refinanzierung"¹¹⁾), liegen eben-

1) G v. 5.9.1948 i. d. Fssg. v. 22.1.1952 (BGBl I S. 65).

2) Sh. S. 15 Fußn. 1. Dazu VO v. 30.7.51 (BGBl I 483).

3) Sh. S. 15 Fußn. 2.

4) Sh. S. 14 Fußn. 4.

5) Sh. S. 14 Fußn. 5.

6) Sh. S. 14 Fußn. 3.

7) Flessa DVBl 1957, 118 Fußn. 27.

8) Vgl. Fauser - Käss, a, a, O., Erl. zu § 303 LAG.

9) Nach § 3 des G über die Kreditanstalt für Wiederaufbau (sh. S. 16 Fußn. 1).

10) Nach § 5 des G über die Verwaltung des ERP-Sondervermögens v. 31.8.1953 (BGBl I S. 1312).

11) Nach Flessa DVBl 1957, 118 und 119 Fußn. 32 pflegen die von der Kreditanstalt für Wiederaufbau und vom ERP-Sondervermögen gewährten Darlehen im allg. in Form von Refinanzierungskrediten ausgereicht zu werden. Die in dem Sachverhalt, der dem Urteil des BVerwG v. 23.7.1958 (NJW 1958, 2129) zugrunde lag, erwähnte Kreditaktion aus dem ERP-Sondervermögen des Bundes zugunsten von Vertriebenen wurde jedoch so durchgeführt,

falls Refinanzierungszusagen vor. Wird dagegen dem Begünstigten selbst von der Kreditanstalt für Wiederaufbau und dem ERP-Sondervermögen Kredit eingeräumt, dann handelt es sich um Subventionsdarlehen, auch wenn die Kreditvergabe über Banken als mittelbare oder unmittelbare Stellvertreter geschieht¹⁾.

d) Gewährleistungen:

Bei den Gewährleistungen ist hauptsächlich an die Gesetze über die Übernahme von Sicherheitsleistungen und Gewährleistungen zur Förderung der deutschen Wirtschaft²⁾ und an die Gesetze über die Übernahme von Sicherheitsleistungen und Gewährleistungen im Ausfuhrgeschäft³⁾ zu denken.

2. "Übernahmeverträge"

Als bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse auf Grund Verwaltungsaktes werden die "Übernahmeverträge" eingeordnet von ARENDT,⁴⁾ von MODEST⁵⁾ und

daß die Begünstigten selbst Kredit bekamen. Die Kreditaktion wurde zwar über die Hausbanken der Begünstigten abgewickelt, diese erteilten aber nicht selbst auf eigene Rechnung Kredit, sondern wurden nur als mittelbare oder unmittelbare Stellvertreter tätig.

- 1) Nach § 3 Abs. 1 des G über die Kreditanstalt für Wiederaufbau ist für den Regelfall die Einschaltung von Banken zwingend vorgeschrieben, über die die Kreditanstalt für Wiederaufbau die Darlehen vergeben soll.
- 2) 1. G v. 21.7.1951 (BGBl I S. 471); 2. G v. 9.6.1953 (BGBl I S. 380); 3. G v. 6.12.1954 (BGBl I S. 365), ergänzt durch G v. 17.5.1957 (BGBl I S. 517).
- 3) 1. G v. 4.9.1950 (BGBl I S. 447); 2. G v. 20.4.1951 (BGBl I S. 255); 3. G v. 22.2.1952 (BGBl I S. 122); 4. G v. 9.6.1953 (BGBl I S. 381); 5. G v. 24.11.1954 (BGBl I S. 356); 6. G v. 22.11.1955 (BGBl I S. 727); 7. G v. 11.10.1957 (BGBl I S. 1717).
- 4) A. a. O., Erl. zu § 8 GetrG.
- 5) A. a. O., Anm. 11 zu § 8 GetrG. (Modest bekennt sich allerdings nicht voll zu dieser Auffassung. Er hält auch eine rein privatrechtliche Gestaltung für möglich.)

vom Bundesgerichtshof¹⁾. ARENDT²⁾ hält dabei nicht nur den Akt der Begründung der "Verträge" (die Übernahme) für einen Verwaltungsakt, sondern auch die Festsetzung des Übernahmepreises. (MODEST³⁾ stellt sich nicht voll auf diesen Standpunkt, schließt aber die Möglichkeit, daß auch hier ein Verwaltungsakt vorliegt, nicht aus.)

DÖNHOF⁴⁾, HUBER⁵⁾, IPSEN⁶⁾ und LÜKE⁷⁾ nehmen hingegen ein rein öffentlichrechtliches Verhältnis an⁸⁾. Eine unentschiedene Stellung nimmt ERLER⁹⁾ ein. Er neigt aber zu der rein öffentlichrechtlichen Auffassung.

Dieser rein öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise hat sich nunmehr das Bundesverwaltungsgericht¹⁰⁾ angeschlossen, nachdem es bereits vorher die Festsetzung des Getreidepreises als Verwaltungsakt eingestuft hatte¹¹⁾.

Die Aufgaben der Vorratshaltung sollen nach allgemeiner Meinung von den Einfuhr- und Vorratsstellen auf dem Boden des Privatrechts wahrgenommen werden¹²⁾. IPSEN¹³⁾ nimmt lediglich die Auflagen nach § 8 Abs. 4 GetrG aus, die er als hoheitliche Lenkungsmaßnahmen ansieht.

1) BGHZ 20, 77 = DÖV 1956, 367 = NJW 1956, 670 (Urt.v. 16.2.1956).

2) Ebenda.

3) A. a. O., Anm. 12 zu § 8 GetrG.

4) BB 1950, 830; Beilage zum "Ernährungsdienst".

5) Bd. I S. 517; Bd. II S. 283; DÖV 1956, 355.

6) Konstruktionsfragen, S. 607.

7) JZ 1959, 258.

8) Für eine solche Betrachtungsweise offenbar auch Ule, Staatszeitung für Rheinland - Pfalz 1954, Beilage 2.

Bei der ähnlich gestalteten Einfuhrregelung in der Schweiz geht man ebenfalls von einer öffentlichrechtlichen Konstruktion aus (vgl. Gygi, Interventionsrecht, S. 77).

9) Int. Wirtschaftsrecht, S. 190.

10) BVerwGE 6, 244 = DÖV 1958, 419 = NJW 1958, 1107 m. zust. Anm. von Obermayer (Urt. v. 7.3.1958).

11) BVerwGE 3, 205 = DÖV 1956, 366 (Urt.v. 8.3.1956). (Ebenso VG Frankfurt/Main NJW 1958, 195 = JZ 1959, 255 m. Anm. Lücke, Urt.v. 16.7.1957).

12) Huber Bd. I S. 517; Ipsen, Konstruktionsfragen, S. 600; Modest, a. a. O., Anm. 9 zu § 8 GetrG; BVerwG NJW 1959, 212 = JZ 1959, 259 (Urt.v. 17.10.1958).

13) Konstruktionsfragen S. 600.

Durch das Gesetz über den Verkehr mit Getreide und Futtermitteln (GetrG)¹⁾, das Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten (Milch- und FettG)²⁾ und das Gesetz über den Verkehr mit Vieh und Fleisch (Vieh- und FleischG)³⁾ wurden Einfuhr- und Vorratstellen für Getreide, für Fette und für Schlachtvieh, Fleisch und Fleischerzeugnisse geschaffen. Das Gesetz über den Verkehr mit Zucker (ZuckerG)⁴⁾ bestimmte die Errichtung einer Einfuhrstelle für Zucker.

Diese Einfuhrstellen sind selbständige Anstalten des öffentlichen Rechts unter der Aufsichts- und Weisungsbefugnis des Bundesernährungsministers⁵⁾. Sie haben die Aufgabe, die Einfuhr von Getreide, Fetten, Vieh und Fleisch sowie von Zucker zu regeln.

Dies geschieht folgendermaßen: Das Gesetz erlegt Importeuren, die diese Lebensmittel aus dem Ausland oder aus sonstigen Gebieten in das Gebiet der Bundesrepublik einführen wollen, eine Anbietungspflicht auf⁶⁾. Spätestens bei der Zoll- oder Grenzabfertigung haben sie die Lebensmittel der Einfuhrstelle "zum Kauf" anzubieten.

Der Einfuhrstelle ist es nun überlassen, ob sie das Angebot annehmen will oder nicht. Macht sie von ihrem Recht, die Übernahme abzulehnen, Gebrauch, so hat das die Wirkung, daß das Getreide, die Fette, das Schlachtvieh, das Fleisch oder der Zucker im Bundesgebiet weder in den Verkehr gebracht noch verarbeitet oder sonst verwertet werden dürfen⁷⁾. Zur Sicherstel-

1) G v. 4.11.1950 i. d. Fssg. des G v. 5.8.1951 und v. 24.9.1951 BGBl I S. 901.

2) G v. 28.2.1951 i. d. Fssg. v. 10.12.1952 (BGBl I S. 807) und der Bekanntmachung der Neufassung auf Grund des Art. 2 Abs. 4 des Ergänzungsg (BGBl 1952 I S. 811).

3) G v. 25.4.1951 (BGBl I S. 272).

4) G v. 5.1.1951 (BGBl I S. 47) i. d. Fssg. des 1. Ergänzungsg v. 3.10.1951 (BGBl I S. 832) und des 2. Ergänzungsg v. 9.8.1954 (BGBl I S. 255).

5) §§ 7 GetrG, 15 Milch- und FettG, 16 Vieh- und FleischG, 8 ZuckerG.

6) §§ 8 Abs. 1 GetrG, 16 Abs. 1 Milch- und FettG, 17 Abs. 3 Vieh- und FleischG, 9 Abs. 1 ZuckerG.

7) §§ 8 Abs. 3 GetrG, 16 Abs. 3 Milch- und FettG, 17 Abs. 3 Vieh- und FleischG, 9 Abs. 1 ZuckerG.

lung dieses Verbotes sind die Zoll- und Grenzstellen angewiesen, die Abfertigung der genannten Einfuhrgegenstände nur dann vorzunehmen, wenn ein "Übernahmevertrag" der Einfuhrstelle vorgelegt wird¹⁾. Die Einfuhrstelle kann auf diese Weise erreichen, daß nur eine bestimmte Menge der betreffenden Lebensmittel ins Bundesgebiet gelangt. Diese Regelung dient dem Mengenausgleich²⁾; Die Einfuhrstelle hat dafür zu sorgen, daß Angebot und Nachfrage sich möglichst die Waage halten. Eine Überschwemmung des inländischen Marktes mit diesen Lebensmitteln soll verhindert werden.

Die Einfuhrstelle dient nicht nur als Mengenschleuse, sondern auch als Preisschleuse. Nimmt sie das Angebot des Einführers an, übernimmt sie also die Waren, so kommt dadurch der sog. "Übernahmevertrag" zustande. Der Einfuhrhändler wird dabei gleichzeitig verpflichtet, die von der Einfuhrstelle übernommenen Lebensmittel "zurückzukaufen"³⁾. Eine tatsächliche Warenbewegung findet weder bei der Übernahme noch beim "Rückkauf" der Güter statt. Auch ein Eigentumswechsel erfolgt nicht. Übernahme- und Abgabepreis werden von der Einfuhrstelle festgesetzt. Bei dieser Festsetzung wird der Preisausgleich durchgeführt. Der Preis der ausländischen Güter soll an den Inlandspreis angeglichen werden⁴⁾. Bei Getreide wird der Inlandspreis durch Bundesgesetz festgelegt⁵⁾. Bei Fetten kann eine solche Festlegung durch Rechtsverordnung erfolgen⁶⁾, ebenso bei Zucker⁷⁾. Liegt der Übernahmepreis nun über dem Inlandspreis, dann wird der Unterschiedsbetrag durch Bereitstellung der erforderlichen Subventionsmittel ausgeglichen, liegt er unter dem Inlandspreis, wird die Differenz abgeschöpft⁸⁾. Bei der Festsetzung des Übernahmepreises sind die bestehenden Markt- und Zahlungsverhältnisse im Ausland zu berücksichtigen, wenn auch der Einkaufspreis des Importeurs nicht identisch ist mit dem Übernahmepreis. Das soll auch gar nicht so sein, da das Leistungs-

1) §§ 9 GetrG, 17 Milch- und FettG, 18 Vieh- und FleischG, 10 ZuckerG.

2) Modest, a. a. O., Vorbem. 1 zu §§ 7 und 8 GetrG.

3) §§ 8 Abs. 3 GetrG, 16 Abs. 3 Milch- und FettG, 17 Abs. 3 Vieh- und FleischG, 9 Abs. 3 ZuckerG.

4) Modest, ebenda. Vgl. auch VG Frankfurt/Main NJW 1958, 195 = JZ 1959, 255 m. Anm. Lücke (Urt. v. 16.7.1957).

5) § 10 GetrG.

6) § 20 Milch- und FettG.

7) § 6 ZuckerG.

8) Winkelstern, a. a. O., Anm. 2 zu § 8 GetrG.

prinzip gewahrt werden soll¹⁾. Demjenigen, der besonders tüchtig ist und einen günstigen Abschluß zuwege bringt, also billiger einkauft, als nach dem jeweils festgesetzten und bekanntzugebenden Übernahmepreis für derartige Lieferungen zu unterstellen ist, soll ein entsprechender Mehrverdienst belassen werden²⁾.

Bei Übernahme und Abgabe der Waren ist die Einfuhrstelle von der Umsatzsteuerpflicht befreit³⁾.

Beim "Rückkauf" der Waren durch den Einfuhrhändler kann die Einfuhrstelle diesem Auflagen machen⁴⁾. Sie kann insbesondere Bestimmungen über den Zeitpunkt der Weiterlieferung, über die gebietliche Verteilung und über den Verwendungszweck der Waren treffen⁵⁾. Die Modalitäten der Transaktion werden jeweils in einem Schriftstück festgelegt, dessen Inhalt die Einfuhrstelle formuliert, das sie allein unterzeichnet und dem Einführer aushändigt. Die Urkunde wird in der Praxis "Übernahmevertrag" genannt⁶⁾.

Die Einfuhr- und Vorratsstellen für Getreide, für Fette und für Vieh und Fleisch haben neben ihrer Funktion als Mengen- und Preisschleuse auch noch die Aufgabe der Vorratshaltung zu erfüllen⁷⁾. Die Aufspeicherung eines Vorrates an Getreide, Fetten oder Fleisch kann entweder aus Gründen der Versorgung und des Ausgleiches von Marktschwankungen erforderlich werden, oder zu dem Zwecke, den inländischen Preis dieser Lebensmittel durch Interventionsverkäufe zu sichern⁸⁾. Die Mittel zur Vorratshaltung stammen aus Bundeshaushaltsmitteln. Es können aber auch die Betriebsüberschüsse der Einfuhr- und Vorratsstellen herangezogen werden⁹⁾. Bei der Abgabe eingelagerten Ge-

1) Modest, a. a. O., Anm. 3 zu § 8 GetrG.

2) Winkelstern, a. a. O., Anm. 2 zu § 8 GetrG.

3) §§ 8 Abs. 3 GetrG, 18 Abs. 3 Milch- und FettG, 17 Abs. 3 Vieh- und FleischG, 9 Abs. 3 ZuckerG.

4) §§ 8 Abs. 5 GetrG, 16 Abs. 5 Milch- und FettG, 17 Abs. 4 Vieh- und FleischG, 9 Abs. 5 ZuckerG.

5) Sh. Fußn. 4.

6) Huber DÖV 1956, 355.

7) §§ 8 Abs. 6 GetrG, 16 Abs. 6 Milch- und FettG, 17 Abs. 5 Vieh- und FleischG.

8) Arendt, a. a. O., Erl. zu § 8 Abs. 6 GetrG.

9) Arendt, ebenda.

treides hat die Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide die Möglichkeit, den Abnehmern wie beim "Rückkauf" im Rahmen der "Übernahmeverträge" Auflagen zu machen¹⁾.

Die Einfuhrstellen können für ihre Tätigkeit Gebühren verlangen²⁾. Die Beitreibung der Gebühren erfolgt nach den Vorschriften der Reichsabgabenordnung und ihrer Durchführungsbestimmungen³⁾. Für die Beitreibung der Geldbeträge, die die Einfuhrstelle aus der Verrechnung von Übernahme- und Abgabepreis evtl. vom Einführenden zu fordern hat, fehlt eine Bestimmung⁴⁾. Wie dieser Differenzbetrag einzuziehen ist, müssen erst die Untersuchungen zeigen.

Die Einfuhrstellen sind auskunftsberechtigte Stellen im Sinne der Verordnung über Auskunftspflicht vom 13. Juli 1923 (RGBl I S. 699, 723)⁵⁾.

Die Verletzung der Anbietungspflicht durch den Einführenden, die Einfuhr von Getreide, Fetten, Vieh und Fleisch oder Zucker trotz Verweigerung der Übernahme durch die Einfuhrstellen, die Zuwiderhandlung gegen eine Auflage oder gegen sonstige Bestimmungen oder Einzelverfügungen, die auf Grund des GetrG, des Milch- und FettG, des Vieh- und FleischG oder des ZuckerG erlassen worden sind, sowie die Verletzung der Auskunftspflicht stellen Zuwiderhandlungen im Sinne des Wirtschaftsstrafgesetzes dar⁶⁾.

1) § 8 Abs. 6 GetrG.

2) §§ 15 Abs. 2 GetrG, 21 Abs. 1 Milch- und FettG, 21 Abs. 1 Vieh- und FleischG, 11 Abs. 1 ZuckerG. Sh. auch die Gebührenordnungen (z. B. 3. DVO zum GetrG v. 20.7.1951 BAnz Nr. 144 v. 28.7.1951).

3) §§ 15 Abs. 4 GetrG, 21 Abs. 3 Vieh- und FleischG, 11 Abs. 3 ZuckerG.

4) Modest, a. a. O., Anm. 10 zu § 8 GetrG.

5) §§ 18 Abs. 4 GetrG i. Verb. m. § 2 der 1. DVO zum GetrG v. 3.2.1951 (BGBl I S. 82), 27 Abs. 2 Milch- und FettG i. Verb. m. § 2 der 1. DVO zum Milch- und FettG v. 7.3.1951 (BGBl I S. 202), 23 Abs. 2 Vieh- und FleischG i. Verb. m. § 2 der 1. DVO zum Vieh- und FleischG v. 2.5.1951 (BGBl I S. 301), 14 Abs. 2 ZuckerG i. Verb. m. § 2 der 1. DVO zum ZuckerG v. 5.4.1951 (BGBl I S. 256).

6) §§ 21 GetrG, 30 Milch- und FettG, 26 Vieh- und FleischG, 17 ZuckerG.

3. Einweisungen ins Krankenhaus

Nach BGHZ 9, 145 (148)¹⁾ ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Träger des Krankenhauses und dem Patienten auch dann bürgerlichrechtlicher Natur, wenn der Patient in das Krankenhaus zur Behandlung eingewiesen wurde. Dem soll der öffentlichrechtliche Charakter der Einweisung nicht entgegenstehen²⁾. Eine Ausnahme macht der BGH nur bei Zwangsbehandlungen, wie z.B. bei Geschlechtskrankheiten, Zwangsimpfungen, Schuluntersuchungen, ferner bei der Behandlung von Gefangenen oder bei der Unterbringung gemeingefährlicher Geisteskranker. Hier hält er hoheitsrechtliche Beziehungen zwischen Krankenhausträger und Patient für möglich³⁾.

- 1) Urt. v. 26.3.1953 (= NJW 1953, 778 = JZ 1953, 551). Bestätigt durch BGH NJW 1959, 816 (Urt. v. 27.1.1959).
- 2) Zu Unrecht stützt sich der BGH dabei auf BGHZ 4, 138 (Urt. v. 13.12.1951). Dort ist nicht davon die Rede, daß bei öffentlichrechtlicher Einweisung ein privatrechtliches Rechtsverhältnis zwischen Krankenhausträger und Patient vorliegt. Vielmehr wird dort ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis angenommen, auf das nur die §§ 276, 278 BGB entsprechende Anwendung finden.
- 3) Wenn der BGH dabei die Abgrenzung öffentlichrechtlicher von privatrechtlichen Benutzungsverhältnissen nach der "Organisation" des Trägers des Krankenhauses vornimmt, so kann das Urteil in dieser Hinsicht nur als verfehlt betrachtet werden (so Wolff JZ 1953, 553). Der erste Fehler liegt darin, daß dem BGH ein terminologischer Irrtum unterläuft: Unter "Organisation" ist der innere Aufbau und die innere Gliederung eines Unternehmens zu verstehen. Diese Organisation ist für die Einstufung der Rechtsverhältnisse zu den Benutzern nicht bestimmend (Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht, S. 17). Der BGH meint aber mit dem Ausdruck "Organisation" gar nicht den inneren Aufbau und die innere Gliederung. Vielmehr hat er den Rechtscharakter der Beziehungen der Klinik zu ihren Patienten im Auge. Auf dieses Verhältnis abzustellen, ist an sich nicht zu beanstanden. Bei der Untersuchung der Rechtsbeziehungen macht der BGH jedoch einen weiteren Fehler, indem er in erster Linie die Hausordnung der Klinik heranzieht. Er hält ein privatrechtliches Verhältnis für gegeben, wenn diese keine Zwangs- oder Disziplinargewalt vorsieht. Ob Gebühren eingezogen werden, oder ob das Entgelt vor den Zivilgerichten einzuklagen ist, soll demgegenüber zurücktreten (a.A. hingegen BGHZ 9, 397, Gutachten v. 6.10.1952). Auch

Einweisungen ins Krankenhaus, die nach BGHZ 9, 145 (148) bürgerlichrechtliche Beziehungen zwischen Krankenhausträger und Eingewiesenen begründen, können vorgenommen werden

- a) von öffentlichen Versicherungsanstalten gegenüber Versicherten oder von öffentlichen Krankenkassen gegenüber Kassenangehörigen,
- b) durch die Fürsorgebehörden gegenüber Fürsorgeempfängern.

In beiden Fällen ist die Einweisung selbst als begünstigender Verwaltungsakt aufzufassen¹⁾. Zwischen Versicherungsanstalt bzw. Krankenkasse und Versichertem bzw. Kassenangehörigem besteht ein öffentlichrechtliches Verhältnis. Die Gewährung einer Leistung im Rahmen dieses Verhältnisses stellt sich als hoheitlicher Akt dar. Ebenso ist bei der Fürsorge die Ermöglichung einer unentgeltlichen Krankenbehandlung wie jede andere Leistung im Rahmen der öffentlichen Fürsorge eine hoheitliche Maßnahme.

Nach BGHZ 9, 145 (148) entstehen demnach sowohl bei den durch öffentliche Krankenkassen oder Versicherungsanstalten als auch bei den durch die Fürsorgebehörden Eingewiesenen bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse auf Grund Verwaltungsakts, nämlich auf Grund der hoheitlichen Einweisung.

Bei Versicherungsanstalten und Krankenkassen wird der Träger des Krankenhauses, in das der Patient eingewiesen wird, in der Regel eine von der Versicherungsanstalt bzw. der Krankenkasse verschiedene Person sein. Im allgemeinen wird dann angenommen, daß die Versicherungsanstalt bzw. die Krankenkasse mit dem Träger des Krankenhauses einen bürgerlichrechtlichen Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB schließt²⁾. Dem Patienten steht aus

der Akt der Zulassung sei nicht maßgeblich. Daß dem nicht gefolgt werden kann, soll weiter unten nachgewiesen werden. (Sh. auch die ablehnende Anm. von Wolff zu dem Urteil des BGH in JZ 1953, 552 ff.).

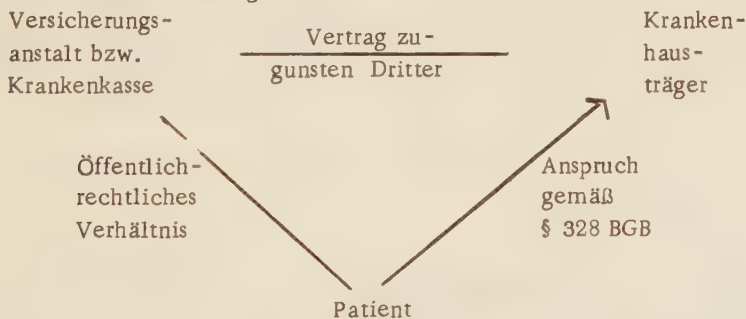
Die Hausordnung kann zwar als ein Indiz herangezogen werden, der Begründungsvorgang und die Einziehung des Entgelts fallen aber weit mehr ins Gewicht.

- 1) Wolff JZ 1953, 555 hingegen sieht die Einweisung in der Regel nicht für einen Verwaltungsakt an. Er begründet diese Auffassung aber nicht näher.
- 2) RGZ 165, 106 (Urt. v. 27.9.1940); BGHZ 1, 383 (Urt. v. 11.4.1951); BGH VersR 1955, 49 (Urt. v. 20.11.1954); BGH NJW 1959, 816 (Urt. v. 27.1.1959).

diesem Vertrag ein bürgerlichrechtlicher Anspruch auf ordnungsgemäße Krankenbehandlung gegen den Krankenhausträger zu. Zum Abschluß eines Vertrages zwischen ihm und dem Krankenhausträger kommt es nicht¹⁾.

Gelegentlich kommt es aber auch vor, daß ein solches Dreiecksverhältnis zwischen Versicherungsanstalt bzw. Krankenkasse, Krankenhausträger und Patient nicht besteht, nämlich dann, wenn Träger des Krankenhauses und Versicherungsanstalt bzw. Krankenkasse personengleich sind. Das ist z.B. der Fall, wenn der Versicherte (Kassenangehörige) in ein Sanatorium eingewiesen wird, das von der Versicherungsanstalt (Krankenkasse) selbst unterhalten wird. Handelt es sich um ein solches zweiseitiges Verhältnis, dann liegt - wenn man BGHZ 9, 145 (148) folgt - ein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis vor, das durch den Verwaltungsakt der Einweisung unmittelbar zwischen Staatsbürger und Hoheitsträger zustande kommt²⁾.

1) Zur Veranschaulichung:



- 2) RGZ 59, 197 (Urt. v. 3.10.1904); 131, 67 (Urt. v. 8.11.1930) und 278 (Urt. v. 5.2.1931) nehmen bei zweiseitigem Verhältnis dagegen ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis an, auf das nur die §§ 276, 278 BGB analog Anwendung finden. Schlesw.-Holst. OLG JR 1950, 24 (Beschl. v. 7.7.1949) macht eine Landesversicherungsanstalt aus öffentlichrechtlichem Verhältnis entsprechend §§ 276, 278 BGB haftbar, obwohl ein Dreiecksverhältnis vorhanden ist. (Die Landesversicherungsanstalt wies den Patienten in ein Kreiskrankenhaus ein.)

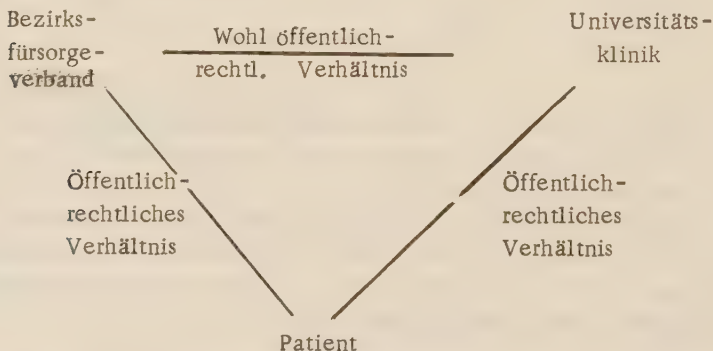
Auch bei der Einweisung ins Krankenhaus auf Grund öffentlicher Fürsorge gibt es Dreiecksverhältnisse, z.B. wenn der Bezirksfürsorgeverband einen Fürsorgeempfänger in eine Universitätsklinik einweist. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁾ ist das Verhältnis des Patienten zum Krankenhaus-träger dabei öffentlichrechtlicher Art²⁾. Der Rechtscharakter des Verhältnisses des Krankenhausträgers zum Träger der Fürsorge ist dabei nicht geklärt. Man wird es aber ebenfalls dem öffentlichen Recht zuordnen müssen³⁾. Mit dieser Rechtsprechung bricht BGHZ 9, 145 (148), wenn er bei öffentlichrechtlicher Einweisung ins Krankenhaus grundsätzlich ein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis annimmt.

Bei zweiseitigem Verhältnis liegt nach BGHZ 9, 145 (148) wiederum ein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis auf Grund Verwaltungsakts zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger vor. Ein solches zweiseitiges Verhältnis wird bei der Einweisung auf Grund öffentlicher Fürsorge häufiger vorkommen; denn die Bezirksfürsorgeverbände, welche die Einweisung gewöhnlich vornehmen, sind die kreisfreien Städte und die Landkreise⁴⁾. Diese aber unterhalten in aller Regel eigene Krankenhäuser, in die sie die kranken Fürsorgeempfänger einweisen, wenn nicht besondere Umstände etwas anderes erfordern.

1) RGZ 91, 263 (Urt. v. 27.11.1917); 112, 293 (Urt. v. 8.1.1926).

2) So auch noch BGHZ 4, 138 (Urt. v. 13.12.1951).

3) Zur Veranschaulichung:



4) Jehle, a.a.O., Erl. zu § 2 ReichsVO über Fürsorgepflicht (S. 3);
Keese, a.a.O., S. 44.

Nicht zuletzt wird die Rechtsprechung, die ein öffentlichrechtliches Verhältnis zwischen dem zur Krankenbehandlung eingewiesenen Fürsorgeempfänger und dem Träger des Krankenhauses annimmt¹⁾, zu ihrer Auffassung gekommen sein, weil meist ein zweiseitiges Verhältnis vorliegt: der mit dem einweisenden Bezirksfürsorgeverband personengleiche Träger des Krankenhauses auf der einen Seite und der Fürsorgeempfänger auf der anderen Seite.

Festzuhalten aber ist, daß nach BGHZ 9, 145 (148) bei der Einweisung ins Krankenhaus durch öffentliche Versicherungsanstalten, öffentliche Krankenkassen und durch Fürsorgebehörden in jedem Falle ein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis entsteht, das bei zweiseitigem Verhältnis unmittelbar zwischen dem einweisenden Hoheitsträger und dem eingewiesenen Patienten zustande kommt.

4. Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechtes der öffentlichen Hand

Durch eine Reihe von Gesetzen wurde in der Zeit zwischen den beiden Weltkriegen und vor allem nach dem Zweiten Weltkrieg eine große Zahl von gesetzlichen Vorkaufsrechten der öffentlichen Hand geschaffen²⁾. Diese gesetz-

1) RGZ 91, 263 (Urt. v. 27.11.1917); 112, 293 (Urt. v. 8.1.1926); BGHZ 4, 138 (Urt. v. 13.12.1951).

2) So durch §§ 4ff des Reichssiedlungsgesetzes v. 11.8.1919 (RGBl I S. 1429) zugunsten der gemeinnützigen Siedlungsunternehmen;
durch § 11 des Reichsheimstättengesetzes v. 10.5.1920 (RGBl I S. 962) zugunsten des Heimstättenausgebers;
durch Aufbaugesetze der Länder (§ 4 des G über den Aufbau der Hansestadt Hamburg v. 11.4.1949; § 10 des hessischen AufbauG v. 25.10.1948; § 4 des niedersächsischen AufbauG v. 9.5.1949; § 14 des rheinland-pfälzischen AufbauG v. 1.8.1949; § 60 des schleswig-holsteinischen AufbauG v. 21.5.1949; § 23 des württemberg-badischen AufbauG v. 18.8.1948; § 26 des badischen AufbauG v. 25.11.1949) zugunsten der Gemeinden;
durch § 6 des G v. 5.11.1948 (GVBl NRW 1949 S. 267) zugunsten des Landes Nordrhein-Westfalen.

lichen Vorkaufsrechte haben den Zweck, eine sachgemäße Bodenverteilung zu erzielen¹⁾ sowie Siedlung und Wiederaufbau zu fördern²⁾.

Darüber, wie man die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes der öffentlichen Hand rechtlich einordnen soll, besteht Streit. Die Rechtsprechung sieht diese Handlung überwiegend für eine privatrechtliche Willenserklärung an³⁾. Lediglich das LVG Oldenburg⁴⁾ rechnet die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes dem öffentlichen Recht zu. Im Schrifttum wird aber diese Ansicht vorwiegend vertreten⁵⁾. Danach ist die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes als Verwaltungsakt aufzufassen.

Diese Streitfrage soll hier nicht entschieden werden. Für die vorliegende Untersuchung ist nur von Bedeutung, daß die Auffassung vertreten wird, es handle sich bei der Ausübung des Vorkaufsrechtes um einen Verwaltungsakt. Dann stellt nämlich dieser Verwaltungsakt ein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis zwischen dem den Verwaltungsakt erlassenden Hoheitsträger und dem Verkäufer des Grundstückes her. Der Hoheitsträger tritt als Käufer in den Kaufvertrag ein. Dadurch ändert dieser Vertrag aber seinen Rechtscharakter nicht. Er bleibt vielmehr ein gewöhnlicher bürgerlichrechtlicher Kaufvertrag nach §§ 433ff BGB⁶⁾. Es findet nur ein Wechsel auf der Käuferseite statt: An die Stelle des nach dem ursprünglichen Vertrag vorgesehenen Käufers tritt der

1) Art. 155 WRV.

2) Wolff-Raiser, a. a. O., S. 499.

3) BVerwG NJW 1959, 64 = DÖV 1958, 956 m. Anm. Schrödter DÖV 1959, 452 = DVBl 1958, 863 (Beschl. v. 18. 9. 1958); OVG Hamburg MDR 1956, 381 (Urt. v. 15. 3. 1956); OVG Lüneburg OVGE 5, 464 = DÖV 1953, 220 = DVBl 1953, 381 Nr. 154 (Urt. v. 28. 2. 1952); OVG Münster DVBl 1953, 311 (Urt. v. 18. 9. 1952); VGH Kassel NJW 1956, 1653 (Urt. v. 15. 5. 1956).

4) Nicht veröffentlicht. Zitiert bei Ebert NJW 1956, 1622 Fußn. 38.

5) Ebert NJW 1956, 1622; Huber Bd. II S. 70 (das BVerwG NJW 1959, 64, Beschl. v. 18. 9. 1958, verkennt die klare Stellungnahme Hubers zugunsten einer öffentlichrechtlichen Behandlung der Ausübung des Vorkaufsrechtes); Meier-Branecke ArchÖffR Bd. 11 n. F. (1926) S. 237f; Noll JW 1924, 1900. A. A. Menger VerwArch Bd. 50 (1959) S. 198.

6) Huber, Bd. II S. 69f.

vorkaufsberechtigte Hoheitsträger. Daraus ist ersichtlich, daß die Ausübung des Vorkaufsrechtes, wenn sie einen Verwaltungsakt darstellt, ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt ist¹⁾.

1) Ebert NJW 1956, 1623; Huber Bd. II S. 70.

III. KAPITEL

Gestaltungsformen der bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsakts

1. Einstufige Konstruktion

Wenn BGHZ 20, 77 bei der Beurteilung der "Übernahmeverträge" ausführt, ein Rechtsverhältnis sei noch nicht deshalb öffentlichrechtlich, weil es durch Verwaltungsakt begründet wurde, so kann das nur dahin ausgelegt werden, daß bei diesen Rechtsverhältnissen der im hoheitlichen Bereich liegende Begründungsakt unmittelbar ein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis zustande bringt. Das läßt sich so erklären, daß der Verwaltungsakt an die Stelle des Vertragsschlusses¹⁾ tritt, der gewöhnlich im Zivilrecht ein Schuldverhältnis zum Entstehen bringt.

Der BGH schließt sich damit an SIEBERT²⁾ an, der von einem privatrechtsbe gründenden Verwaltungsakt spricht. So kann nur ein Verwaltungsakt bezeichnet

1) Dieser Vertragsschluß, das gegenseitige Übereinkommen der Partner ist es, was man im Privatrecht mit "Vertrag" bezeichnet (Nipperdey, Beiträge, S. 103). Es hat sich aber eingebürgert, auch das aus dem Vertrag entstehende Schuldverhältnis (im Sinne eines Organismus) "Vertrag" zu nennen (Nipperdey, Beiträge, S. 103 Anm. 50), woraus sich die Ausdrücke "faktische Verträge" und "diktierter Verträge" erklären lassen. In diesem Sinne kann von "Übernahmeverträgen" gesprochen werden, auch wenn die Begründung durch Verwaltungsakt erfolgt, sofern man die aus diesem Verwaltungsakt sich ergebenden Rechtsbeziehungen dem bürgerlichen Recht zuordnet.

In der vorliegenden Untersuchung soll aber der Begriff "Vertrag" in seiner eigentlichen Bedeutung gebraucht werden, nämlich im Sinne von Vertragsschluß. Die Bezeichnung "Übernahmeverträge" soll ohne Rücksicht auf die rechtliche Gestaltungsform beibehalten werden, weil sie sich so eingebürgert hat. (Besser wäre jedoch die Bezeichnung "Übernahmeverhältnisse".)

2) A. a. O., S. 224.

werden, der unmittelbar privatrechtliche Rechtsbeziehungen begründet¹⁾.

Wenn MENDER²⁾ das "Ob" der Subventionierung als Verwaltungsakt ansieht, das "Wie" aber nach den Regeln des Zivilrechts beurteilt, so läßt dies zwei Deutungen zu: Man kann dies entweder als Bejahung der einstufigen Konstruktion des BGHZ 20, 77 auffassen, oder man legt es als Veranschaulichung einer zweistufigen Lösung aus, wie es FLESSA³⁾ tut.

2. Zweistufige Konstruktionen

Der einstufigen Betrachtungsweise des BGHZ 20, 77 stehen die Konstruktionen IPSSEN und HAMANNs gegenüber:

a) Die Theorie IPSSENs:

Nach IPSSEN⁴⁾ teilt sich ein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsakts in einen hoheitlichen Entstehungsakt und ein zivilrechtliches Erfüllungsgeschäft. Der hoheitliche Akt stellt dabei nicht unmittelbar zivilrechtliche Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten her. Vielmehr ist erst noch ein besonderer bürgerlichrechtlicher Vertragsabschluß nötig, eben das "Erfüllungsgeschäft". Das Rechtsverhältnis ist nach IPSSEN also zweistufig⁵⁾.

1) Für die Subventionen scheinen die Ausführungen Sieberts (a. a. O., S. 236f) allerdings auf eine zweistufige Konstruktion hinzudeuten.

2) DÖV 1955, 591.

3) DVBl 1957, 83.

4) Rechtsgutachten S. 6; Subv. S. 62 = DVBl 1956, 603; ArchÖffR Bd. 39 n. F. (1952/53) S. 292f.

5) Dieser Meinung hat sich eine ganze Reihe von Autoren angeschlossen: Henze, a. a. O., S. 39ff; Isay, a. a. O., S. 419; Kötter - Ziemer - Siara, a. a. O., Anm. 2 A II zu § 29 und Anm. 2 B I zu § 29 IHG; Maunz - Dürig, a. a. O., Anm. 137 zu Art. 1 Abs. 3 GG; Merk VVDStRL 11, 129f; Schüle VVDStRL 11, 98 für die Subventionen; Modest, a. a. O., Anm. 11 zu § 8 GetrG für die "Übernahmeverträge". Für die Subventionen bekennt sich auch das BVerwG DÖV 1958, 667 (Urt. v. 6.6.1958) zu ihr.

b) Die Theorie HAMANNS:

Nach HAMANN¹⁾ ist die Entscheidung des Hoheitsträgers über das "Ob" ein Verwaltungsakt. Auf Grund dessen wird ein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen. Der Verwaltungsakt bringt also auch bei HAMANN nicht unmittelbar das bürgerlichrechtliche Schuldverhältnis zum Entstehen. Dazu ist ein vom zugrundeliegenden Verwaltungsakt abgehobenes "Erfüllungsgeschäft" notwendig. Das öffentlichrechtliche Rechtsverhältnis besteht aber auch nach Abschluß dieses Geschäftes weiter²⁾. Das vorhandene zivilrechtliche Rechtsverhältnis soll dieses Fortbestehen nicht hindern, weil es nur die Form darstelle, in der der Staat als Leistungsträger auftrete. Öffentlichrechtliches und privatrechtliches Verhältnis bestehen also nach HAMANN nebeneinander fort.

1) BB 1953, 865.

2) Neuerdings nähert sich auch ISEN (Subv. S. 86 = DVBl 1956, 609) dieser Auffassung, wenn er von einer Parallelität der Rechtsbeziehungen öffentlichen und privaten Rechts spricht. Durch den Abschluß des zivilrechtlichen Erfüllungsgeschäftes sollen die erststufig begründeten verwaltungsrechtlichen Beziehungen nicht "konsumiert" und damit beendet werden, wie noch Henze, a.a.O., S. 83 meint.

IV. KAPITEL

Die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht

1. Vorbemerkung

Wenn im folgenden die Rechtsform der bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger untersucht werden soll, so ist wegen des Gemisches öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Elemente der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht von grundlegender Bedeutung. Dies deshalb, weil die Zuordnung eines Rechtsinstitutes zu dem einen oder dem anderen Bereich erhebliche praktische Auswirkungen hat¹⁾. Es können sich vor allem bei der Beurteilung der Gültigkeit von Rechtshandlungen (z. B. wegen der Beachtlichkeit von Willensmängeln, von Ermessensfehlern, der Zulässigkeit von Auflagen und Bedingungen, der Möglichkeit des Rückgängigmachens von Gewährungen u. dgl. mehr), in Haftungsfragen, in Rechtswegfragen und bei der Zwangsvollstreckung unterschiedliche Ergebnisse herausstellen²⁾. Bei einer gemischten Rechtsform würden sich diese unterschiedlichen Auswirkungen in demselben Rechtsverhältnis zeigen. Eine rein öffentlichrechtliche oder eine rein privatrechtliche Gestaltung hätte demgegenüber wesentlich andere praktische Konsequenzen.

Daher muß zuerst die Frage geklärt werden, worin der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht besteht. Es würde allerdings den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen, diese Frage eingehend zu prüfen. Daher soll nur eine kurze Übersicht über die gesetzliche Lage und über den Stand der Lehrmeinungen gegeben sowie die Stellungnahme des Verfassers aufgezeigt werden.

Daß unser Rechtssystem eine Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht kennt, kann nicht geleugnet werden³⁾. Der Unterschied ist historisch bedingt, nicht logisch notwendig⁴⁾. Es geht aber nicht an, die Unterscheidung

1) Kistler, a. a. O., S. 32: « Cette distinction n'est pas seulement théorique, mais a pratiquement une portée considérable. »

2) Vgl. dazu im einzelnen unten S. 93 ff.

3) Zu weit geht aber Wahl SJZ 1, 27ff, der darin sogar einen Gegensatz verschiedener sittlicher Werte sieht. Das öffentliche Recht soll weniger als das Privatrecht von Gerechtigkeit geprägt sein.

4) Bachof ArchÖffR Bd. 44 n. F. (1958) S. 227f; Enneccerus - Nipperdey, a. a. O., S. 137; Nawiasky, a. a. O., S. 306.

aus diesem Grunde über Bord zu werfen¹⁾. Die grundsätzliche Verschiedenheit der öffentlichen und privaten Verhältnisse verlangt eine entsprechende unterschiedliche Regelung²⁾. Auch einer generellen Verwischung der Formunterschiede öffentlichen und privaten Rechts kann nicht das Wort geredet werden³⁾.

Die Leugnung des Unterschiedes ist schon allein deshalb nicht möglich, weil er vom Gesetz vorausgesetzt wird⁴⁾. Eine gesetzliche Bestimmung des Unterschiedes ist jedoch nicht vorhanden. Auch eine ausdrückliche gesetzliche Zuweisung einer Materie zum öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Bereich findet sich im allgemeinen nicht.

Daher ist es Aufgabe der Rechtslehre, die notwendigen Unterscheidungsmerkmale zu suchen, die der bisher üblichen Abgrenzung einigermaßen gerecht werden können und diese auch sinnvoll und nicht als Ergebnis des Zufalls erscheinen lassen⁵⁾.

2. Die Abgrenzungstheorien

Zum Zwecke der Abgrenzung der beiden Rechtsbereiche wurde eine große Anzahl von Theorien entwickelt⁶⁾, von denen als wichtigste hervorzuheben sind⁷⁾:

-
- 1) Der gleichen Ansicht ist Ruck, a. a. O., S. 44. Ähnlich auch Wolff, Lb. S. 77.
 - 2) Ruck, a. a. O., S. 44; Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht, S. 1.
 - 3) So Scheuner VVDStRL 11, 43.
 - 4) Vgl. die §§ 13 GVG, 22 Abs. 1, 85 Abs. 1 SüddVGG, 22 Abs. 1, 25 Abs. 1 MilRegVO Nr. 165 BZ, 89 BGB, 7 HGB usw.
 - 5) Vgl. Köttgen, "Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht", S. 1, ferner S. 5: "Aufgabe der Theorie ist es, die gesetzgeberische Produktion in einen größeren Sinnzusammenhang einzuordnen und aus diesem heraus dann wiederum die einzelne Institution zu deuten".
 - 6) Nachweise bei Molitor, a. a. O., S. 25; Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 137, Fußn. 1; Wolff, ArchÖffR Bd. 37 n. F. (1950/51) S. 206 Fußn. 2.
 - 7) Nach Molitor, a. a. O., S. 25ff.

a) Die geschichtlich-positivistischen Auffassungen:

Die geschichtlich-positivistischen Auffassungen sehen in der Gegenüberstellung der beiden Rechtsgebiete nur eine bestimmte geschichtliche Erscheinung oder überlassen die Unterscheidung der einzelnen positiven Rechtsordnung. Sie sind dazu offenbar durch die Beobachtung veranlaßt worden, daß für jede Rechtsordnung die Möglichkeit besteht, ein bestimmtes Ziel sowohl in öffentlichrechtlichen als auch in privatrechtlichen Formen zu erreichen.

b) Die Verfügungstheorie:

Die Verfügungstheorie¹⁾ wurde hauptsächlich von BURCKHARDT²⁾ entwickelt. Danach soll der Unterschied im zwingenden Charakter des öffentlichen Rechts im Gegensatz zu der das Privatrecht beherrschenden Privatautonomie liegen.

c) Die Fiskustheorie:

Die Fiskustheorie wurde lange Zeit vom Reichsgericht vertreten³⁾. Sie stellt darauf ab, ob ein vermögensrechtlicher Anspruch gegeben ist oder nicht. Bei vermögensrechtlichen Ansprüchen soll es sich um Privatrecht, bei nichtvermögensrechtlichen um öffentliches Recht handeln.

d) Die Interessentheorie

Die Interessentheorie geht von der bekannten Ulpianstelle⁴⁾ aus: *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*. Danach sollen die Rechtsverhältnisse, die überwiegend den Interessen der einzelnen dienen, privatrechtlich, diejenigen, die überwiegend die Öffentlichkeit angehen, öffentlichrechtlich sein.

Die Interessentheorie wurde früher z. B. verfochten von FRIEDRICH CARL VON

1) So bezeichnet bei Wolff, Lb., S. 76.

2) Burckhardt, Methode und System, S. 59, 170ff; Einführung, S. 139.

3) RGZ 11, 65 (Urt. v. 2.2.1884); 22, 288 (Urt. v. 22.9.1888); 57, 350 (Urt. v. 15.2.1904); 70, 81 (Urt. v. 2.12.1908); 74, 192 (Urt. v. 20.9.1910); 75, 40 (Urt. v. 16.12.1910).

4) Dig- I 1, 1 § 2.

SAVIGNY¹⁾ und von TRIEPEL²⁾. Von den zeitgenössischen Autoren bekennt sich hauptsächlich NAWIASKY³⁾ zu ihr. Nach ihm ist der Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht in der Hauptsache ein solcher zwischen Verwaltungs- und Zivilrecht⁴⁾. Verwaltungsrecht soll dann vorliegen, wenn eine Rechtsnorm in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt die Amtspflicht der Behörde ausspricht, für die Wahrung der Gesamtinteressen gegenüber beteiligten Einzelinteressen zu sorgen, Zivilrecht, wenn die Rechtsnorm die an einem Sachverhalt beteiligten Interessen auf gleiche Stufe stellt und deren Verfolgung dem Interessenten überläßt⁵⁾. Bei öffentlichem Recht muß allerdings der Staat oder ein ihm eingegliedertes Gemeinwesen beteiligt sein⁶⁾. Insoweit kommt ein Element der Subjektstheorie mit herein.

e) Die Subjektstheorie:

Die Vertreter einer reinen Subjektstheorie⁷⁾ lassen entscheidend sein, ob ein Hoheitsträger an dem fraglichen Rechtsverhältnis beteiligt ist. In diesem Falle soll es sich um öffentlichrechtliche Beziehungen handeln.

Nach OTTO MAYER⁸⁾ und ENNECCERUS - NIPPERDEY⁹⁾ muß der Träger übergeordneter Gewalt als solcher, d. h. in dieser seiner Eigenschaft an dem Rechtsverhältnis beteiligt sein. Wo dagegen ein solches Gemeinwesen in Beziehungen tritt, die in gleicher Weise auch für einzelne Menschen vorkommen (z. B. als Erbe, Gläubiger, Schuldner, Eigentümer), soll Privatrecht gegeben sein.

Vorwiegend auf die Tatsache, ob ein Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts beteiligt ist, gründet auch WOLFF die von ihm erst in jüngster Zeit entwickelte Theorie¹⁰⁾, die BACHOF¹¹⁾ Zuordnungstheorie nennt. Nach WOLFF sol-

1) A. a. O., S. 23.

2) A. a. O., S. 545.

3) A. a. O., S. 294.

4) Ebenda, S. 276.

5) Ebenda, S. 298.

6) Ebenda, S. 301.

7) Prazák ArchÖffR 4 (1889) S. 260f; Richter ArchÖffR Bd. 8 n. F. (1925) S. 18.

8) Bd. I S. 15.

9) A. a. O., S. 138 und 140.

10) ArchÖffR Bd. 37 n. F. (1950/51) S. 208ff; Lb. S. 77ff.

11) ArchÖffR Bd. 44 n. F. (1958) S. 228.

len nicht alle Rechtssätze dem öffentlichen Recht angehören, deren Zuordnungssubjekt der Staat oder irgendein anderes "öffentliches" Subjekt ist. Die Träger hoheitlicher Gewalt sollen vielmehr insoweit Subjekte des Privatrechts sein, als sie sich derselben Rechtssätze bedienen, die für alle Rechtspersonen gelten, oder Tatbestände verwirklichen, die von jedermann ebenso verwirklicht werden können. Subjekte des öffentlichen Rechts sollen sie sein, insoweit sie sich eines nur ihnen eingeräumten oder auferlegten Sonderrechts bedienen oder Tatbestände verwirklichen, die so nur von Trägern oder anderen Subjekten hoheitlicher Gewalt verwirklicht werden können.

Zu diesen Personen zählen nach WOLFF¹⁾ die Subjekte, deren Individualität nur durch Rechtssatz oder auf Grund eines Rechtssatzes durch Staats- (oder kirchlichen, auch ständischen Verwaltungs-) Akt bestimmt wird, während die Individualität der natürlichen Privatpersonen durch die Tatsache der Geburt, die der juristischen Privatpersonen durch tatsächliches Verhalten von Menschen bestimmt wird. Rechtssatz und Staats- (Verwaltungs-) Akt sollen nur die Funktion der Anerkennung als Personen im Rechtssinne und der näheren Regelung ihrer Außen- und Innenverhältnisse haben.

f) Die Subjektionstheorie:

Die Subjektionstheorie, die bei Subordination eines an einem Rechtsverhältnis beteiligten Partners öffentliches Recht, bei Koordination privates Recht annimmt, kann wohl als herrschende Meinung angesehen werden²⁾.

VON TUREGG³⁾ und HEINRICH LEHMANN⁴⁾ stellen grundsätzlich bei der Ab-

1) ArchÖffR Bd. 37 n.F. (1950/51) S. 209.

2) Fleiner, a.a.O., S. 51; Forsthoff, Lb. S. 100ff; Hatschek, a.a.O., S. 15; Helfritz, a.a.O., S. 23f; Laforet, a.a.O., S. 13; Lange, a.a.O., S. 2; Molitor, a.a.O., S. 48; Nikisch, a.a.O., S. 37; Radbruch, a.a.O., S. 87; Rosenberg, a.a.O., S. 5.
BayVerfGH BayVerwBl 1956, 275 (Entsch. v. 20.6.1956); RGZ 125, 400 (Urt. v. 11.10.1929); 166, 226 (Urt. v. 10.3.1941); 167, 284 (Urt. v. 2.10.1941); BGHZ 14, 227 (Urt. v. 10.7.1954); neuestens: BGH NJW 1957, 1597 = DÖV 1958, 862 (Urt. v. 5.7.1957).

3) A.a.O., S. 35f.

4) A.a.O., S. 1ff.

grenzung auch darauf ab, ob ein Rechtssubjekt dem anderen mit hoheitlicher Gewalt gegenübertritt. Beide halten dieses Kriterium aber nicht für ausreichend. Als weiteres Merkmal für die Unterscheidung des öffentlichen und privaten Rechtes beziehen sie deshalb den Zweck der jeweiligen Regelung mit ein. Ihre Lehre enthält also auch ein Element der Interessentheorie.

Ebenso verfährt BÖHMER¹⁾. Nach ihm müssen die Rechtsnormen, um öffentlichrechtlich zu sein, "Ausdruck einer obrigkeitlichen Autorität, einer überindividuellen 'Hoheitsgewalt' sein, gleichgültig im übrigen, in welchen rechtlichen Formen, Befehl, Beschluß oder Versprechen (Vertrag), ihre Betätigung erfolgt. Zum anderen muß das unmittelbare Ziel der Normen die Vertretung der Interessen der Allgemeinheit sein, wenn auch daneben mittelbar Interessen von Einzelmenschen durch sie geschützt werden können". Weiterhin bringt BÖHMER²⁾ aber auch ein Element der Subjektstheorie mit herein: Verhältnisse der Über- und Unterordnung sollen nur dann als öffentlichrechtliche angesprochen werden können, "wenn das Subjekt der Befehlsgewalt ein sog. 'Hoheitsträger' der staatlichen oder unterstaatlichen Verwaltung und nicht ein Privatmann oder eine Privatorganisation ist". Die Lehre BÖHMERS stellt also praktisch eine Verquickung der Subjektionstheorie mit der Interessen- und der Subjektstheorie dar.

Auf dem gleichen Standpunkt steht RUCK³⁾. Auch SIEBERT⁴⁾ spricht sich in diesem Sinne aus, wenn er ausführt, daß eine Kombination der verschiedenen Theorien am fruchtbarsten sei.

g) Die Rechtsformentheorie:

Als Vertreter der Rechtsformentheorie sei HUBER⁵⁾ angeführt. Diese Theorie geht nicht von der Gleichordnung oder Über- und Unterordnung der Beteiligten als solcher aus, sondern von den für diese Gleichordnung oder Über- und Unterordnung typischen Rechtsformen. Sie stützt sich also darauf, daß die Denkformen im öffentlichen und im privaten Recht nicht ganz unerheblich voneinander abweichen. Grundkategorie des öffentlichen Rechts ist die hoheitliche Führung, Grundkategorie des Privatrechts das volksgenössische Zusammenwirken.

1) A. a. O., S. 167.

2) Ebenda, S. 166.

3) A. a. O., S. 37.

4) A. a. O., S. 217.

5) Neue Grundbegriffe, S. 152ff.

3. Stellungnahme

Von den verschiedenen Theorien über die Unterscheidung des öffentlichen vom privaten Recht sind die geschichtlich-positivistischen Auffassungen von vornherein auszuschneiden; denn sie bringen kein haltbares Unterscheidungsmerkmal. Die Möglichkeit, ein bestimmtes Ziel sowohl in öffentlichrechtlichen als auch in privatrechtlichen Formen zu erreichen, besagt nicht das geringste für die Unterscheidung als solche, die dabei vielmehr gerade vorausgesetzt wird¹⁾.

Auch die Verfügungstheorie BURCKHARDTS ist nicht brauchbar.

Wenn man ihr folgen würde, müßten Materien, die bisher nach einhelliger Meinung als privatrechtlich angesehen wurden, wie die Regelungen der Haftung aus unerlaubter Handlung (§§ 823ff BGB), weite Teile des Sachenrechts, des Familien- und Erbrechts, soweit nämlich abweichende Abmachungen unzulässig sind, zum öffentlichen Recht gezählt werden. Andererseits müßten diejenigen Gebiete des Staats-, Verwaltungs- und Justizrechtes, die dem individuellen Willen einen gewissen Spielraum gewähren, wie die freiwillige Anstaltsbenützung, der freiwillige Beitritt zu einer öffentlichrechtlichen Genossenschaft, die Einbürgerung und die Entlassung aus dem Staatsverband, die Mitwirkung des Bürgers bei mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten überhaupt, die private Strafklage usw., dem Privatrecht zugeteilt werden.

Diese tiefgreifende Umgruppierung würde aber keinerlei sachlichen Gewinn mit sich bringen²⁾. Die so erzielte Einteilung ließe bei den einzelnen Rechtsmaterien keine Gemeinsamkeit außer dem zwingenden bzw. nachgiebigen Charakter der anzuwendenden Normen erkennen, hingegen müßten viele Rechtsinstitute in sinnwidriger Weise auseinandergerissen werden. Es wäre dann verfehlt, den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht als grundlegendes Element unseres Rechtssystems zu betrachten.

Selbst wenn man mit dem Gegensatz von nichtzwingendem und zwingendem Recht nicht allein die Antithese zwischen abdingbarem und nichtabdingbarem Recht meint, sondern die zwischen auf Antrag und von Amts wegen zu erzwingendem Recht mit einbezieht, ist die Verfügungstheorie abzulehnen. Einmal fällt abdingbares Recht nicht mit dem auf Antrag zu erzwingenden und nichtabdingbares Recht nicht mit dem von Amts wegen zu erzwingenden zusam-

1) Molitor, a. a. O., S. 28.

2) So zutreffend Nawiasky, a. a. O., S. 292.

men¹⁾. Zum anderen kann auch die Durchsetzung öffentlichen Rechtes vom Willen des Berechtigten abhängig gemacht werden, wie die Beispiele der subjektiven öffentlichen Rechte und die Antragsdelikte im Strafrecht zeigen²⁾. Es kann auch ein und derselbe Rechtssatz einmal von Amts wegen zu erzwingen sein, wie es regelmäßig beim Verwaltungsverfahren der Fall ist, ein anderes Mal wird er auf Antrag erzwungen, wie es im Anfechtungsverfahren vor den Verwaltungsgerichten geschieht³⁾.

Mit der Herrschaft des Amtserforschungsgrundsatzes im Verwaltungsprozeß kann man diesen Widerspruch nicht aus dem Wege räumen⁴⁾; denn auch Privatrecht kann in Verfahren mit Amtserforschungsgrundsatz durchgesetzt werden (vgl. § 12 FGG).

Die Fiskustheorie wurde auch vom Reichsgericht aufgegeben⁵⁾, weil sie kein geeignetes Unterscheidungsmerkmal bringt. Es gibt anerkanntermaßen Nichtvermögensrechte, die privatrechtlicher Natur sind (wie z. B. das Namensrecht), und es gibt Vermögensrechte öffentlichrechtlicher Art, wie das Recht, Steuern zu erheben, die Enteignungsentschädigung u. dgl. mehr.

Die Rechtsformentheorie zeigt ebenfalls kein klares Kriterium für die Unterscheidung auf. Zudem verwechselt sie Ursache und Wirkung, wenn sie auf die für die Gleichordnung bzw. Über- und Unterordnung typischen Rechtsformen abstellt⁶⁾.

Gegen die Interessentheorie führt WOLFF⁷⁾ an, daß alles Recht der Ordnung des menschlichen Zusammenlebens und damit dem öffentlichen Interesse diene, auch das Privatrecht. Ebenso gelte alles Recht, auch das öffentliche, für Individuen und letztlich in deren Interesse.

Dieser Einwand greift aber nicht durch. WOLFF übersieht, daß ein Unterschied zwischen dem öffentlichen Interesse an der Regelung und der Bevorzugung des

1) So richtig Nawiasky, a. a. O., S. 290f.

2) Dazu Germann, a. a. O., S. 202.

3) Nawiasky, ebenda, S. 280f.

4) Versucht wird dies von Germann, a. a. O., S. 202, und Nawiasky, a. a. O., S. 281.

5) RGZ 103, 56 (Urt. v. 20.10.1921).

6) So Molitor, a. a. O., S. 34.

7) Lb. S. 77.

öffentlichen Interesses in der Regelung zu machen ist¹⁾. Die Unterscheidung ist danach zu treffen, welchem Interesse - dem Gesamt- oder dem Einzelinteresse - die Regelung unmittelbar dient.

Weiterhin wird gegen die Interessentheorie eingewendet²⁾, daß es anerkannten Rechtes sei, daß das Privatrecht auch Mittel der öffentlichen Verwaltung sein kann³⁾, wie es bei den privatrechtlichen Formen der Anstaltsbenutzung, den privatrechtlichen Formen der Teilhabe an der Versorgung mit Energie, Gas, Wasser und an den Unternehmungen des öffentlichen Verkehrs der Fall ist. Die unmittelbare Verfolgung öffentlichen Interesses und privatrechtliche Gestaltung seien dann aber keine Gegensätze mehr. Eine Scheidung in öffentliches und privates Recht an Hand des Kriteriums der unmittelbaren Verfolgung öffentlichen Interesses sei somit unmöglich.

Richtig daran ist, daß das öffentliche Interesse auch mit Hilfe des Privatrechts verwirklicht werden kann. Es handelt sich dann um Verwaltung in privatrechtlicher Gestalt. Es werden im öffentlichen Interesse Rechtsverhältnisse begründet, auf die Normen des Privatrechts Anwendung finden. Der Einwand SIEBERTS⁴⁾ trifft daher gegen die Interessentheorie in der gemeinhin gelehrt Form zu.

NAWIASKY⁵⁾ trifft nun aber in seiner abgewandelten Interessentheorie die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht im öffentlichen Interesse dadurch, daß er nicht auf das Rechtsverhältnis als solches abstellt. Vielmehr soll der Charakter der Rechtsnormen maßgeblich sein, die auf das Rechtsverhältnis Anwendung finden. Damit entzieht er dem Einwand SIEBERTS die Grundlage; denn die Begründung eines Rechtsverhältnisses im öffentlichen Interesse macht dieses danach nicht notwendigerweise zu einem öffentlich-rechtlichen. Die auf ein Rechtsverhältnis zur Anwendung gelangenden Rechtsnormen müssen den Interessen der Gesamtheit einen höheren Wert als denen der einzelnen zuerkennen, erst dann liegt ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis vor⁶⁾.

1) Nawiaskey, a. a. O., S. 295.

2) So von Siebert, a. a. O., S. 219; vgl. auch Ruck, a. a. O., S. 37 Fußn. 71.

3) Dazu grundlegend Otto Mayer, Bd. II S. 274.

4) Sh. Fußn. 2.

5) A. a. O., S. 287f.

6) Nawiaskey, ebenda, S. 296.

Gegen die so modifizierte Interessentheorie spricht aber, daß es Institute des öffentlichen Rechtes gibt, die unmittelbar den Interessen der einzelnen dienen, wie der Folgenbeseitigungsanspruch und die subjektiven öffentlichen Rechte überhaupt. Andererseits erwähnt auch das BGB bei sonst als privatrechtlich angesehenen Pflichten das öffentliche Interesse, so z.B. in den §§ 525 Abs. 2, 679 2194 Satz 2 BGB¹⁾. Vor allem aber ist der Begriff des öffentlichen Interesses kein klares Unterscheidungsmerkmal²⁾. Die Ansichten darüber, was dem öffentlichen Interesse dient, sind sehr verschieden³⁾. Im Einzelfall kann es oft recht schwierig sein festzustellen, welchen Zweck eine Regelung in erster Linie verfolgt⁴⁾.

In Schwierigkeiten kommen die Anhänger der Lehre von NAWIASKY auch, wenn eine Norm nur scheinbar eine rein privatrechtliche ist und in Wahrheit allen Rechtszweigen, auch dem des öffentlichen Rechtes, gemeinsam angehört⁵⁾, wie z.B. der Satz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), oder wenn eine bürgerlichrechtliche Norm analog auf öffentlichrechtliche Verhältnisse angewandt wird⁶⁾, wie es bei der öffentlichrechtlichen Verwahrung der Fall ist. Wonach soll es sich bei Rechtsverhältnissen, die durch solche Vorschriften geregelt werden, richten, welcher Natur dieses Rechtsverhältnis ist? Hinzu kommt die Frage, welche Rechtsnorm bestimmend sein soll, wenn auf ein Rechtsverhältnis eine Reihe von Vorschriften Anwendung finden, von denen ein Teil das öffentliche Interesse in den Vordergrund stellt, der andere Teil nicht. Oder soll dann das Rechtsverhältnis in öffentlichrechtliche und privatrechtliche Bestandteile aufgespalten werden?

Dagegen sprechen die gleichen Bedenken wie gegen die Verfügungstheorie BURCKHARDTS, daß nämlich die bisherige Einteilung unnötigerweise umgestoßen werden müßte, und daß einheitliche Rechtsverhältnisse in unorganischer Weise auseinanderzureißen wären.

Aus all dem ergibt sich, daß die Interessentheorie auch in der von NAWIASKY gelehrt Form keine geeignete Lösung darstellt.

1) Nach Molitor, a.a.O., S. 30.

2) Ebenso Ruck, a.a.O., S. 37 Fußn. 71.

3) Germann, a.a.O., S. 199.

4) Molitor, a.a.O., S. 30.

5) Eingehende Darstellung bei Friedrichs, ArchBürgR Bd. 42 (1916) S. 28.

6) Sh. Friedrichs, ebenda.

Die Interessentheorie kann lediglich unter folgendem Gesichtspunkt einen Hinweis geben: Dient eine Regelung nicht unmittelbar dem öffentlichen Interesse, dann scheidet öffentliches Recht von vornherein aus. Verfolgt sie hingegen das öffentliche Interesse, dann kann öffentliches oder privates Recht vorliegen. Allerdings spricht die Vermutung bei Beteiligung eines Hoheitsträgers für öffentliches Recht, da sich der Hoheitsträger zur Durchsetzung des öffentlichen Interesses in erster Linie des öffentlichen Rechtes bedient¹⁾.

Die reine Subjektstheorie scheitert an der Tatsache, daß ein Hoheitsträger öffentliche Verwaltung auch in den Formen des Privatrechts betreiben kann²⁾.

OTTO MAYER und ENNECCERUS-NIPPERDEY bestimmen das Vorliegen öffentlichen Rechtes danach, ob der Hoheitsträger "in dieser seiner Eigenschaft" auftritt. Das soll dann der Fall sein, wenn er in Beziehungen tritt, wie sie zwischen einzelnen nicht vorkommen³⁾. Dieses Kriterium ist dann unbrauchbar, wenn man die tatsächlichen Beziehungen im Auge hat⁴⁾. Die Leistungen der öffentlichen Fürsorge nehmen nicht deswegen privatrechtlichen Charakter an, weil private karitative Organisationen genauso verfahren.

Hält man hingegen die rechtliche Eigenart des Handelns des Hoheitsträgers für maßgeblich, dann kann diese Eigenart nur darin liegen, daß der Hoheitsträger dem einzelnen als potentior persona gegenübertritt. In diesem Falle stützt man sich bei der Abgrenzung nach dem Kriterium, "ob der Hoheitsträger in Beziehungen tritt, die in gleicher Weise für einzelne nicht vorkommen", auf das Grundelement der Subjektionstheorie: die Über- und Unterordnung. Für diese Auslegung der Theorien von OTTO MAYER und ENNECCERUS-NIPPERDEY spricht die Formulierung, daß es darauf ankomme, ob der Träger übergeordneter Hoheitsgewalt "in dieser seiner Eigenschaft" auftrete⁵⁾. Dann unterscheidet sich diese modifizierte Subjektstheorie in keiner Weise von einer

1) Fleiner, a. a. O., S. 60; Hamann, "Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung", S. 98.

2) Grundlegend Otto Mayer, Bd. II S. 274. Sh. ferner Jellinek, a. a. O., S. 24 und 513.

3) Sh. oben S. 36.

4) So Forsthoff DVBl 1952, 167.

5) Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 140.

Subjektionstheorie, die für das Vorliegen eines öffentlichrechtlichen Verhältnisses auch fordert, daß ein Hoheitsträger oder doch zumindest ein beliehener Unternehmer beteiligt ist.

Gerade das Hereinnehmen des Begriffes der Über- und Unterordnung will aber WOLFF vermeiden, weil er seiner Ansicht nach als Unterscheidungsmerkmal ungeeignet ist¹⁾. Gegen die Zuordnungstheorie von WOLFF kann man aber folgende Einwände geltend machen:

Einmal ist die Abgrenzung der Personen des öffentlichen Rechts, an deren Eigenart WOLFF seine Lehre anknüpft²⁾, von den Subjekten des Privatrechts, wie sie WOLFF vornimmt, nicht haltbar; denn auch die Individualität der juristischen Personen des Privatrechts wird durch einen Staatsakt auf Grund eines Rechtssatzes bestimmt³⁾. Der Unterschied läge dann nach WOLFF⁴⁾ nur in dem vagen Moment des "tatsächlichen Verhaltens von Menschen", das der Verleihung der Rechtsfähigkeit vorausgeht. Selbst wenn man von der Unbestimmtheit dieses Begriffes absieht, ist damit noch kein taugliches Unterscheidungsmerkmal gewonnen, da auch die Individualität von Personen des öffentlichen Rechtes immer durch "tatsächliches Verhalten von Menschen" bestimmt wird.

Ein besonderes Wesensmerkmal einer juristischen Person des öffentlichen Rechtes läßt sich überhaupt nicht finden⁵⁾. Über den besonderen Charakter einer solchen Person kann daher allein die Rechtsform entscheiden, in der sie begründet ist. Die Verwendung einer Rechtsform, die herkömmlich als solche des Privatrechts angesehen wird, schließt den öffentlichrechtlichen Charakter aus. Die Eigenschaft als juristische Person des öffentlichen Rechtes beruht, wo sie nicht herkömmlich gegeben ist wie bei Gebietskörperschaften und Kirchen, auf einer ausdrücklichen Verleihung, die das Gesetz oder ein sonstiger Staatsakt dort, wo sich Zweifel ergeben, von Fall zu Fall ausspricht⁶⁾. Zumindest läßt sich der öffentlichrechtliche Charakter aus dem Sinngehalt der Bestimmungen entnehmen, auf Grund deren die Rechtsperson geschaffen wurde⁷⁾. So deutet beispielsweise die Befreiung von der Körperschafts- und Vermögens-

1) Lb. S. 77.

2) Sg. oben S. 36 f.

3) Vgl. §§ 21, 22 BGB, 34 Abs. 1 Satz 1 AktG, 11 Abs. 1 GmbHG.

4) Sh. oben S. 37.

5) So überzeugend Molitor, a. a. O., S. 36ff mit Nachweisen.

6) Molitor, ebenda, S. 39f.

7) Ähnlich Bachof ArchÖffR Bd. 44 n. F. (1958) S. 269.

steuer auf eine juristische Person des öffentlichen Rechts hin¹⁾. Nach einer von BACHOF neuerdings entwickelten Theorie²⁾ gibt es auch teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts.

Da oftmals eine rein willkürliche Einordnung getroffen wird³⁾, ist die Eigenschaft eines an einem Rechtsverhältnis beteiligten Subjekts als Person des öffentlichen Rechts als grundlegendes Kriterium für die Scheidung des öffentlichen vom privaten Recht ungeeignet. Sie kann höchstens als ergänzendes Merkmal herangezogen werden.

Weiterhin spricht gegen die Theorie von WOLFF, daß sich die Träger hoheitlicher Gewalt eines nur ihnen eingeräumten oder auferlegten Sonderrechts bedienen oder Tatbestände verwirklichen können, die so zu verwirklichen nur Träger hoheitlicher Gewalt in der Lage sind, wobei aber gleichwohl nach bisher allgemein herrschender Meinung privatrechtliches Handeln der Hoheitsträger vorliegt. Hier sei vor allem auf die Tarifordnungen der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes hingewiesen, die WOLFF selbst als privatrechtlich ansieht⁴⁾. Über die Tatsache, daß sie nur ein den Hoheitsträgern eingeräumtes bzw. auferlegtes Sonderrecht begründen, versucht er sich mit dem Satz hinwegzusetzen, daß "diese Tarifordnungen nur die inhaltlichen Besonderheiten gerade derartiger Privatrechtsverhältnisse zu Trägern öffentlicher Verwaltung als Privatpersonen regeln"⁵⁾. Auch bei den §§ 928 Abs. 2, 981 und 1936 BGB liegt ein Sonderrecht des Staates vor, das privatrechtlicher Natur ist⁶⁾. Das Gesetz bezeichnet den Staat dabei ausdrücklich als Fiskus. Ein

1) Schüle VVDStRL 11, 98 Fußn. 58.

2) ArchÖffR Bd. 44 n.F. (1958) S. 208ff.

3) Molitor, a. a. O., S. 39f.

4) Lb. S. 78.

5) Wolff, ebenda.

6) Vgl. Bettermann DVBl 1958, 867. Die privatrechtliche Natur dieser Vorschriften wird trotz der darin enthaltenen Sonderregelung auch von Wolff (Lb. S. 81) angenommen. Menger (VerwArch Bd. 50 (1959) S. 198) versucht dies damit zu rechtfertigen, daß "Sonderrecht" nur das Recht sei, das "allein und ausschließlich auf Träger oder sonstige Subjekte hoheitlicher Gewalt bezogen ist". Es muß dabei durch Ausrichtung auf ein Subjekt des öffentlichen Rechts eine "völlig abweichende objektivrechtliche Ausprägung" erfahren haben (Menger, a. a. O.). Wann sollte aber eine solche "völlig abweichende objektivrechtliche Ausprägung" gegeben sein? Dieser Begriff würde die Zuordnung praktisch dem Belieben des Betrachters anheimgeben.

weiteres Beispiel stellt § 89 BGB dar¹⁾.

Andererseits kann ein Hoheitsträger nach Rechtssätzen berechtigt oder verpflichtet werden, die für alle Personen gleich gelten, und dennoch bewegt sich dieser Hoheitsträger im Bereich des öffentlichen Rechts, so bei der öffentlichrechtlichen Verwahrung und bei der öffentlichrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag.

Aus diesen Gründen ist die Zuordnungstheorie WOLFFS abzulehnen²⁾.

Es ist daher nach wie vor die Subjektionstheorie zur Unterscheidung der beiden Rechtsbereiche heranzuziehen. Freilich ist dabei stets zu berücksichtigen, daß auch sie nicht in allen Fällen eine zweifelsfreie Zuordnung ermöglicht. Das rührt davon her, daß die Zuordnungen zum einen oder zum anderen Rechtsbereich zu ganz verschiedenen Zeiten und damit unter der Einwirkung sehr verschiedener Theorien und verschiedener sozialen Bedingtheiten erfolgten. Bei einem Wechsel der theoretischen Anschauungen und der sozialen Bedingtheiten hat man aber oft an der einmal vorgenommenen Zuordnung festgehalten, auch wenn sie einer rechtsdogmatischen und rechtssystematischen Sicht nun nicht mehr standhielt³⁾.

Das ändert aber nichts daran, daß grundsätzlich die Subjektionstheorie die zuverlässigste Handhabe zur Einordnung bietet und auch der bisher üblichen Einteilung am besten gerecht wird.

Es ist nicht einzusehen, warum die rechtliche Über- und Unterordnung erst eine Folge des öffentlichen Rechtes sein soll, weshalb es also eine *petitio principii* darstellen soll, von dieser Über- und Unterordnung auszugehen⁴⁾. Ein Polizist, der einem Bürger mit obrigkeitlichem Zwang gegenübertritt, tut dies doch nicht deshalb, weil er auf Grund einer öffentlichrechtlichen Norm tätig wird, sondern weil ihn eine Norm zum obrigkeitlichen Handeln ermächtigt, die wegen der darin festgesetzten Überordnung eines Staatsorgans als öffentlichrechtlich anzusehen ist.

1) Hier bejaht Wolff (Lb. S. 81) ebenfalls das Vorliegen von Privatrecht.

2) Sh. auch v. Turegg, a.a.O., S. 36, Fußn. 4.

3) Bachof ArchÖffR Bd. 44 n.F. (1958) S. 229.

4) Diesen Einwand bringt Wolff, Lb. S. 77.

Gegen die Subjektionstheorie wird insbesondere eingewendet, daß es auch im öffentlichen Recht Koordinationsverhältnisse gebe, während andererseits im Privatrecht Subordinationsverhältnisse festzustellen seien¹⁾.

Das ist auch in der Tat der Fall. Gleichordnung ist im öffentlichen Recht vor allem im Bereich des Völkerrechts anzutreffen. Hierzu ist aber mit NAWIASKY²⁾ zu sagen, daß das Völkerrecht vornehmlich die Beziehungen zwischen mehreren Staaten und gleichgestellten Rechtsträgern regelt. Daß dabei die Stellung der Privatpersonen und ihr gegenseitiges Verhältnis keine oder nur eine nebensächliche Rolle spielt, und daher kein Privatrecht gegeben sein kann, folgt aus der Natur des Gegenstandes. Das gleiche gilt für den Bereich des Staatsrechts³⁾. Auch hier scheidet für das gesamte Sachgebiet aus dem Wesen dieser Materie heraus Privatrecht aus. Völkerrecht und Staatsrecht lassen sich infolgedessen ohne Rücksicht auf irgendwelche Abgrenzungstheorien zwischen öffentlichem und privatem Recht dem öffentlichen Recht zuordnen.

Nun gibt es allerdings auch im Bereich des Verwaltungsrechts in Gestalt der öffentlichrechtlichen Verträge Koordinationsverhältnisse. (Einen öffentlichrechtlichen Vertrag kann man jedoch nur dann annehmen, wenn beide Partner bei der Gestaltung des Inhalts des beabsichtigten Rechtsverhältnisses beteiligt sind⁴⁾. Wird ein im öffentlichen Interesse begründetes Rechtsverhältnis im übrigen nur mit Einverständnis des Betroffenen, aber durch einseitige Gestaltung seitens des Hoheitsträgers zustande gebracht, liegt ein "Verwaltungsakt auf Unterwerfung" vor⁵⁾.)

Der Grund dafür, warum die öffentlichrechtlichen Verträge trotz der in ihnen zum Ausdruck kommenden Gleichordnung der Beteiligten zum öffentlichen Recht geschlagen werden, ist, daß die darin behandelten Materien so eng mit dem Sachgebiet verknüpft sind, das der Hoheitsträger mittels Ausübung von Hoheitsgewalt regelt, daß der Zusammenhang eine einheitliche Behandlung erfordert.

Das Problem dabei ist nur, woran zu erkennen ist, wann ein Vertrag eine derart enge Verknüpfung mit den im Wege der Subordination geregelten Materien aufweist, daß er als öffentlichrechtlich eingestuft werden kann.

1) Germann, a. a. O., S. 200; Wolff, Lb. S. 77.

2) A. a. O., S. 275.

3) Vgl. Nawiasky, ebenda, S. 276.

4) Steffen, a. a. O., S. 30.

5) Apelt, a. a. O., S. 109; Steffen, a. a. O., S. 30f.

STEFFEN¹⁾ versucht dieses Problem zu lösen, indem er auf die Wirkungen des Vertrages abstellt²⁾. Die auf öffentlichrechtlichem Gebiet liegenden Wirkungen müssen dabei unmittelbar beabsichtigt und zum Gegenstand der vertraglichen Einigung gemacht worden sein. Öffentlichrechtlich sei ein Vertrag daher, wenn er auf die Begründung, Veränderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechtes gerichtet ist³⁾.

Bei Veränderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechtes kann dem gefolgt werden. In diesem Falle soll der einmal begründete öffentlichrechtliche Charakter eines Rechtsverhältnisses durch Abänderung oder Aufhebung nicht geändert werden. Der diese Abänderung oder Aufhebung bewirkende Rechtsakt kann dann notwendigerweise auch nur öffentlichrechtlicher Natur sein, ungeachtet dessen, daß er durch das Zusammenwirken zweier Partner auf dem Boden der Gleichordnung zustande kommt.

Wenn aber auch ein Vertrag für öffentlichrechtlich gehalten wird, der auf die Begründung eines Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechtes gerichtet ist, dann liegt darin letzten Endes ein Zirkelschluß. Ob ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechtes begründet wird, soll sich doch in erster Linie aus dem Begründungsvorgang ergeben. Die Koordination beim Abschluß deutet aber gerade auf Privatrecht hin. Wenn von dieser Regel eine Ausnahme gemacht werden soll, dann ist das Merkmal der "Begründung eines Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechtes" ungeeignet, da es ja auf das abstellt, was erst zu klären ist.

IMBODEN, der ebenfalls einen öffentlichrechtlichen Vertrag annimmt, wenn die Wirkungen des Vertrages auf öffentlichrechtlichem Gebiet liegen⁴⁾, vermeidet diesen Zirkelschluß, indem er die Grenzen der Privatautonomie der Hoheitsträger festlegt und jeden Vertrag, der darüber hinausgeht, dem öffentlichen Recht zuordnet⁵⁾. Die Grenzen der Privatautonomie bestimmt IMBODEN dabei danach, ob das Privatrecht für das in Frage kommende Rechtsverhältnis geeignet ist oder nicht⁶⁾.

Es erscheint aber bedenklich, Zweckmäßigkeit Gesichtspunkte bei der Zuordnung eines Rechtsinstitutes zum öffentlichen oder privaten Recht entscheidend

1) A. a. O., S. 10.

2) Ihm folgen Forsthoff, Lb. S. 255; Stern VerwArch Bd. 49 S. 155.

3) Steffen, ebenda, S. 11.

4) A. a. O., S. 40.

5) Imboden, ebenda.

6) Imboden, ebenda, S. 63.

sein zu lassen. Die Frage der Geeignetheit des Privatrechts ist von den verschiedenen subjektiven Anschauungen abhängig und als allgemeiner Maßstab daher schlecht verwendbar.

Eine brauchbare Lösung fand SALZWEDEL, der alle Verträge mit hoheitlichem¹⁾ oder hoheitsbezogenem Charakter als öffentlichrechtlich ansieht²⁾. Zu diesen Verträgen zählt er solche, die Hoheitsbefugnisse oder Hoheitsverhältnisse begründen oder gestalten oder auch Normen, die ihrerseits auf die Begründung oder Gestaltung von Hoheitsverhältnissen gerichtet sind³⁾, ferner Verträge, deren Inhalt seinen Ursprung in hoheitsrechtlichen Beziehungen hat⁴⁾, weiter solche, die Normen, Rechtsbefugnisse oder Rechtsverhältnisse begründen oder gestalten, die eine notwendige Voraussetzung für die Entstehung eines Hoheitsrechtsverhältnisses bilden und auf die Entstehung dieses Hoheitsrechtsverhältnisses abzielen⁵⁾, schließlich Verträge, in denen Normen, Rechtsbefugnisse oder Rechtsverhältnisse privatrechtlichen Inhalts in Ausübung einer Hoheitsbefugnis begründet oder gestaltet werden⁶⁾. (Wegen der Einzelheiten sei auf die eingehende Darstellung bei SALZWEDEL⁷⁾ hingewiesen.)

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung auf eine einfachere Formel gebracht, bedeutet dies etwa, daß Verträge dann öffentlichrechtlicher Art sind, wenn sie die Ausübung von Hoheitsrechten oder die Regelung der Erfüllung öffentlichrechtlicher Pflichten betreffen.

An Hand einiger Beispiele soll im folgenden aufgezeigt werden, daß sich mit Hilfe dieser Kennzeichnung eine sichere Begründung dafür geben läßt, warum Vereinbarungen, die bereits bisher als öffentlichrechtliche Verträge angesehen worden sind, dieser Kategorie angehören.

Öffentlichrechtliche Verträge sollen darstellen:

- a) Expropriationsverträge (z. B. nach Art. XVII ZAG v. 17.11.1837 BayBS I S. 206)⁸⁾;

1) Salzwedel verwendet den Begriff "hoheitlich" nicht in dem üblichen engen Sinne.

2) Salzwedel, a. a. O., S. 100.

3) Ebenda, S. 84.

4) Ebenda, S. 97.

5) Ebenda, S. 98.

6) Ebenda, S. 102.

7) Ebenda, S. 83ff.

8) Forsthoff, Lb, S. 252; Stern VerwArch Bd. 49 S. 148.

- b) Verträge über die Übertragung der Wegeunterhaltungspflicht¹⁾;
- c) Übereinkommen, die die Instandhaltung von Schutzeinrichtungen an Gewässern betreffen (z. B. nach Art. 89 BayWasserG v. 23.3.1907 BayBS II S. 471)²⁾;
- d) Zweckverbandsvereinbarungen (nach §§ 1, 7 ZweckverbandsG v. 7.6.1939 RGBI I S. 979, abgeändert durch VO v. 11.6.1940 RGBI I S. 876 und VO v. 24.7.1941 RGBI I S. 464)³⁾;
- e) Verträge über die Freigabe von Wohnraum, der der Wohnraumbewirtschaftung unterliegt⁴⁾.

Bei all diesen Vereinbarungen ist erkennbar, daß sie die Behandlung öffentlichrechtlicher Verpflichtungen oder auch Rechte zum Gegenstand haben. So dient der Expropriationsvertrag der Abwendung der Enteignung⁵⁾, Verträge unter b) der Abwälzung einer öffentlichrechtlichen Unterhaltungspflicht, Verträge nach c) und d) der Aufteilung öffentlichrechtlicher Pflichten. Verträge über die Freigabe von Wohnraum binden schließlich den Hoheitsträger in der Handhabung seiner Hoheitsgewalt.

Freilich bedeutet die Einbeziehung dieser Verträge ins öffentliche Recht eine Durchbrechung der Subjektionstheorie im strengen Sinne, da Vereinbarungen des aufgezeigten Inhalts nicht dem Privatrecht zugeordnet werden, obgleich sich die Beteiligten auf dem Boden der Gleichordnung gegenüberstehen. Da jedoch immer ein hoheitsbezogener Charakter der Verträge vorhanden sein muß, die Frage der Subordination bei der Bewertung dieser Rechtsverhältnisse also immer eine Rolle spielt, kann man von einer Subjektionstheorie im wei-

-
- 1) OVG Hamburg VRspr 8 (1956) Nr. 52 (S. 228) (Urt. v. 6.8.1954); HessVGH VRspr 3 (1951) Nr. 68 (S. 306) (Urt. v. 21.7.1950).
 - 2) Riederer - Sieder, a. a. O., Anm. 5 zu Art. 89 BayWasserG; Stern VerwArch Bd. 49 S. 148.
 - 3) Stern VerwArch Bd. 49 S. 147; Wolff Lb. S. 208.
 - 4) Stern VerwArch Bd. 49 S. 149. (Vor der Geltung des § 98 des 2. WoBauG wurden solche Verträge mangels gesetzlicher Grundlage für unzulässig angesehen, vgl. BVerwG NJW 1957, 555 = DÖV 1957, 721, Urt. v. 24.10.1956 und BVerwG NJW 1957, 1610 = DVBl 1957, 726, Urt. v. 26.6.1957. Das ändert aber nichts an ihrem öffentlichrechtlichen Charakter.)
 - 5) Forsthoff, Lb. S. 252; Salzwedel, a. a. O., S. 94.

teren Sinne sprechen¹⁾. Der Einwand, daß es auch im öffentlichen Recht Koordinationsverhältnisse gibt, entkräftet somit die Subjektionstheorie nicht.

Erst recht kein Gegenargument gegen die Subjektionstheorie läßt sich aus der Tatsache herleiten, daß der Bürger dem Staat in den Rechtsschutzverfahren vor den Verwaltungsgerichten gleichgeordnet gegenübersteht²⁾. Von der Gestaltung des Prozesses, welcher der Durchsetzung einer Rechtsnorm dient, kann nicht auf den Charakter dieser Norm geschlossen werden³⁾. Die Verfahrensnormen selbst aber stehen allgemein im Zeichen der Überordnung des Staates.

Es bedarf nun noch der Auseinandersetzung mit dem Einwand, daß auch das Privatrecht Subordinationsverhältnisse aufweise.

Subordinationsverhältnisse des Privatrechts sind in der Hauptsache die Kind-schaftsverhältnisse (elterliche Gewalt, Muntgewalt des Vormundes) und die Arbeitsverhältnisse (hierzu kann man auch das Verhältnis des Auszubildenden zum Lehrling rechnen⁴⁾, bei dem in besonderem Maße eine Über- und Unterordnung zu bemerken ist)⁵⁾.

Hier versagt die Subjektionstheorie in der Tat. Eine Lösung läßt sich nur durch Hereinnahme der Subjektstheorie finden: Als weiteres Erfordernis ist aufzustellen, daß bei einem Rechtsverhältnis, welches öffentlichrechtlicher Art sein soll, ein Hoheitsträger oder ein beliehener Unternehmer in übergeordneter Stellung auftritt, sofern es sich nicht um einen öffentlichrechtlichen Vertrag handelt. Wer Hoheitsträger ist, muß sich dabei nach der Definition MOLITORS⁶⁾ bestimmen, auch wenn diese sich nicht auf ein besonderes Wesensmerkmal stützt, nachdem die Abgrenzung WOLFFS nicht brauchbar ist⁷⁾. Als beliehener Unternehmer ist ein Privatmann anzusehen, wenn Hoheitsgewalt auf ihn delegiert worden ist⁸⁾. Er ist insoweit Träger abgeleiteter Hoheitsgewalt⁹⁾.

1) Vgl. Salzwedel, a. a. O., S. 90ff.

2) A. A. Böhrer, a. a. O., S. 165.

3) Nawiaskey, a. a. O., S. 282.

4) Sh. Schnorr von Carolsfeld, a. a. O., S. 102.

5) Böhrer, a. a. O., S. 165. Zum Direktionsrecht des Arbeitgebers Schnorr von Carolsfeld, a. a. O., S. 111f.

6) Sh. oben S. 44.

7) Sh. oben S. 44.

8) Molitor, a. a. O., S. 36.

9) Molitor, ebenda, Fußn. 1.

Bei den erwähnten Subordinationsverhältnissen ist aber weder ein Hoheitsträger noch ein beliehener Unternehmer beteiligt, daher sind sie nicht dem öffentlichen Recht einzugliedern.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, daß die Subjektionstheorie durch Elemente der Subjektstheorie zu ergänzen ist. In besonders gelagerten Fällen wird auch die Interessentheorie wertvolle Fingerzeige geben können¹⁾. Damit finden sich insoweit die Auffassungen von BÖHMER²⁾, RUCK³⁾ und SIEBERT⁴⁾ bestätigt.

In erster Linie ist aber immer noch auf die Tatsache abzustellen, ob die Beteiligten sich in einem Verhältnis der Über- und Unterordnung oder in einem Verhältnis der Gleichordnung gegenüberstehen⁵⁾. Freilich ist diese Subordination bzw. Koordination nicht in tatsächlicher Hinsicht aufzufassen, da sonst der Staat immer und in allen Bereichen nur als Träger hoheitlicher Gewalt denkbar wäre⁶⁾. Subordination bzw. Koordination müssen vielmehr in rechtlicher Hinsicht feststellbar sein.

Dabei ist das gesamte in Frage stehende Rechtsverhältnis ins Auge zu fassen. Aus den einzelnen Merkmalen, in erster Linie aber aus der Begründung und dem Maße der Mitwirkung des Bürgers bei der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses sowie aus der Durchsetzung der daraus erwachsenden Ansprüche ist zu entnehmen, ob ein Hoheitsträger in übergeordneter Stellung aufgetreten ist, d. h. ob er sich auf den Boden des öffentlichen Rechtes gestellt hat.

In den Vordergrund ist hierbei der Begründungsvorgang zu rücken⁷⁾. Kommt ein Rechtsverhältnis auf Grund einseitigen Aktes eines Hoheitsträgers zustande, so spricht dies für eine Zuordnung zum öffentlichen Recht⁸⁾. Die einseitige An-

1) Sh. oben S. 43.

2) Sh. oben S. 38.

3) Sh. oben S. 38.

4) Sh. oben S. 38.

5) Vgl. Ruck, a. a. O., S. 37 Fußn. 71.

6) So zutreffend Rupp DVBl 1958, 114.

7) A. A. ohne Begründung Siebert, a. a. O., S. 224, dem sich BGHZ 20, 80 = DÖV 1956, 368 (Urt. v. 16.2.1956) angeschlossen hat. Danach soll der Begründungsvorgang unmaßgeblich sein.

8) Matti, a. a. O., S. 49; Osterwalder, a. a. O., S. 67f; Schindler, a. a. O., S. 133; BVerfG NJW 1959, 139 (Beschl. v. 28.10.1958); Schweizer BGE 50 II 293 (v. 9.7.1924).

ordnung, der Verwaltungsakt also, ist das typische Gestaltungsmittel der öffentlichen Gewalt¹⁾ und damit Ausdrucksmittel des Subordinationsverhältnisses schlechthin²⁾. Dem Bayerischen Kompetenzkonfliktsgerichtshof³⁾, der dies in Abrede stellt und die Möglichkeit einer einseitigen verbindlichen Anordnung auch für das bürgerliche Recht bejaht, wobei er zum Beleg auf die §§ 315, 316 BGB hinweist, kann nicht beigespflichtet werden. Der Hinweis auf die §§ 315, 316 BGB geht fehl. Diese Bestimmungen setzen nämlich bereits einen Vertrag voraus, den der Vertragspartner aus freien Stücken abschließen konnte, und durch den er dem anderen Teil das Recht einräumte, die Leistung zu bestimmen. Seine Verpflichtung wird also nicht durch einseitige Anordnung begründet, sondern nur bestimmt und ausgestaltet. Dasselbe ist von anderen einseitigen Gestaltungsrechten des bürgerlichen Rechtes zu sagen, die RUPP⁴⁾ zum Beweis dafür anführt, daß die einseitige Anordnung nicht dem öffentlichen Recht vorbehalten ist. Auch diese vermögen kein Rechtsverhältnis zu begründen.

Wenn die Begründung eines Rechtsverhältnisses durch einseitige Anordnung typisch für das öffentliche Recht ist, so deutet umgekehrt die Entstehung eines Rechtsverhältnisses durch beiderseitige Übereinkunft auf Privatrecht hin, es sei denn, es liegt ein öffentlichrechtlicher Vertrag vor, dessen Eigenart auf andere Weise zu ermitteln ist.

Bei der Klärung der Frage, ob eine einseitige Anordnung oder eine beiderseitige Übereinkunft gegeben ist, könnten jene Fälle Schwierigkeiten machen,

1) Damit erweist sich an der Theorie von Jentsch (DÖV 1956, 299) ein brauchbarer Kern. Nach ihm ist die Abgrenzung nach Über- und Unterordnung überholt. Öffentliches Recht liege vor, wenn ein Verwaltungsakt erlassen werden könne. Das ist an sich ein Zirkelschluß; denn nur Regelungen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes sind Verwaltungsakte. Die Möglichkeit aber, einseitige Regelungen zu treffen, die nur bei Verwaltungsakten gegeben ist, weist auf Über- und Unterordnung hin, die als Abgrenzungsmaßstab somit nicht überholt ist.

2) Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht, S. 4; Stern VerwArch Bd. 49 S. 140 und 144.

3) Urt. v. 17.5.1957, abgedruckt in der Entscheidungssammlung des BayObLGZ 57, 391.

4) DVBl 1958, 114.

in denen der Hoheitsträger nur auf Antrag hin tätig wird, oder in denen sonstwie das Einverständnis des Betroffenen erforderlich ist. Nach WOLFF¹⁾ liegt im Zweifel Privatrecht vor. Diese Ansicht ist aber nur aus der Auffassung WOLFFS²⁾ zu erklären, daß das öffentliche Recht ein Sonderrecht sei. Sie entspricht aber nicht der Rechtswirklichkeit. Vielmehr ist anzunehmen, daß ein Hoheitsträger bei der Erfüllung der ihm übertragenen hoheitlichen Aufgaben im allgemeinen sich auch seiner hoheitlichen Befugnisse, in erster Linie also der einseitigen Anordnung bedienen wird³⁾. Die einseitige Anordnung ist die regelmäßige Form der Verwaltungstätigkeit⁴⁾.

Tritt der Hoheitsträger dem Bürger daher zwar unter dessen Mitwirkung, aber unter Einschränkung seiner Entschluß- oder Gestaltungsfreiheit bezüglich des beabsichtigten Rechtsverhältnisses gegenüber, so spricht das für die Bejahung einer einseitigen Anordnung⁵⁾, somit für das Vorliegen öffentlichen

1) Lb. S. 78.

2) Ebenda.

3) Fleiner, a. a. O., S. 60; Hamann, "Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung", S. 98; BGH NJW 1952, 466 (Urt. v. 20.12.1951).

4) Ruck, a. a. O., S. 121.

5) Bei der Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des Bürgers ist Kistler (a. a. O., S. 68ff) a. A. Die einseitige Festlegung der Modalitäten des Rechtsgeschäftes durch den Hoheitsträger soll dieses noch nicht zur einseitigen Anordnung stempeln. Kistler nimmt vielmehr einen öffentlichrechtlichen Vertrag an, wenn der Hoheitsträger unter Mitwirkung des Staatsbürgers, aber bei einseitiger Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses durch den Hoheitsträger im öffentlichen Interesse tätig wird.

(Kistler, a. a. O., S. 68: "Il y a contrat dans le domaine du droit public, même si l'Etat élabore unilatéralement les conditions du contrat.")

Kistler kommt damit zwar auch zu dem Ergebnis, es handle sich um öffentliches Recht, aber nur unter Anwendung der Interessentheorie (a. a. O., S. 33ff), die als grundlegendes Abgrenzungskriterium zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht brauchbar ist, sondern nur ergänzend herangezogen werden kann.

Nach der in erster Linie maßgeblichen Subjektionstheorie müßten, wenn man Kistler folgen wollte, die meisten der derzeit als mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakte angesehenen Rechtsgeschäfte als Verträge dem Privatrecht zugewiesen werden. Dieses Ergebnis widerspricht jedoch der gegenwärtigen Rechtslage. Daher ist Kistler nicht zu folgen.

Rechts¹⁾.

Zwar gibt es auch im Zivilrecht Einschränkungen der Entschluß- oder Gestaltungsfreiheit durch Kontrahierungszwang oder Allgemeine Geschäftsbedingungen²⁾, wird dem Bürger aber im öffentlichen Interesse auferlegt, mit einem Hoheitsträger in Rechtsbeziehungen zu treten³⁾, oder hat der Hoheitsträger für alle gleichgearteten Rechtsverhältnisse von vornherein bestimmte Normen festgesetzt, die wenig oder gar keinen Raum mehr für die Gestaltung des einzelnen Rechtsverhältnisses durch Vereinbarung mit dem Bürger lassen, dann müssen schon besondere Umstände vorliegen, die auf eine Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Zivilrecht hindeuten, wenn die öffentlichrechtliche Qualifikation verneint werden soll⁴⁾. Fehlen solche besonderen Umstände, handelt es sich um einen Verwaltungsakt, den man auf Grund der Beteiligung des Bürgers als "mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt" bezeichnet⁵⁾. Die Ab-

1) Übereinstimmend Apelt, a. a. O., S. 109; Schindler, a. a. O., S. 134; Steffen, a. a. O., S. 30f; Schweizer BGE 50 II 293 (Urt. v. 9. 7. 1924); bei Einschränkung der Entschlußfreiheit auch Forsthoff, Lb. S. 360 und Imboden, a. a. O., S. 54.

2) Darauf weist besonders Siebert, a. a. O., S. 224 hin.

3) Zum Kontrahierungszwang, der den Hoheitsträger verpflichtet, vgl. unten S. 57 f.

4) Als solche besonderen Umstände sehen der BayVerfGH (BayVGH n. F. 9 II 114/118ff = BayVerwBl 1956, 274, Entsch. v. 20. 6. 1956) und der BayVGH (BayVerwBl 1955, 59, Urt. v. 21. 6. 1954; BayVerwBl 1958, 281, Urt. v. 27. 5. 1958) die Tatsache an, daß die Benützung einer gemeindlichen Einrichtung nicht durch Satzung gemäß Art. 23, 24 BayGO v. 25. 1. 1952 (BayBS I S. 461) geregelt ist. Begründet wird dies damit, daß die Gemeinde beim Erlass einer Satzung kraft ihrer Rechtssetzungsbefugnis dem Bürger eindeutig hoheitlich gegenübertritt. Wählt sie nicht diese Form, dann gibt sie damit zu erkennen, daß sie von der Möglichkeit, hoheitlich vorzugehen, keinen Gebrauch machen will.

5) Nach Forsthoff Lb. S. 194ff. Otto Mayer (Bd. I S. 98) nennt ihn "Verwaltungsakt auf Unterwerfung".
Sh. auch oben S. 47.

grenzung nach der Art des Begründungsvorganges versagt jedoch bei Rechtsverhältnissen, die unmittelbar kraft Gesetzes entstehen, oder deren Zustandekommen an ein rein tatsächliches Verhalten von Menschen geknüpft ist. Beide Arten von Rechtsverhältnissen kommen sowohl im öffentlichen Recht als auch im bürgerlichen Recht vor. Öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse, die unmittelbar kraft Gesetzes entstehen, sind z.B. die Verhältnisse zwischen Staat und Steuerpflichtigem, bürgerlichrechtliche Rechtsverhältnisse dieser Art die Deliktsansprüche nach den §§ 823ff BGB. Rechtsverhältnisse, deren Zustandekommen an ein tatsächliches Verhalten von Menschen geknüpft ist, stellen im Zivilrecht die Schuldverhältnisse kraft sozialtypischen Verhaltens dar, auch faktische Vertragsverhältnisse genannt. Es handelt sich um bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse, die durch ein für den heutigen Massenverkehr typisches Verhalten begründet werden, das auf den Willen zum Vertragsschluß hindeutet¹⁾.

Zwar wurde einmal versucht, diese Rechtsverhältnisse öffentlichrechtlich zu deuten²⁾, diese Meinung stieß aber zu Recht auf Ablehnung³⁾. Öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse, die durch bloße Inanspruchnahme seitens des Bürgers entstehen, sind beispielsweise die Fernmeldeverhältnisse⁴⁾.

Da hier der Begründungsvorgang über die rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses nichts aussagen kann, ist in vermehrtem Maße bei den übrigen Merkmalen des Rechtsverhältnisses zu prüfen, ob sich daraus eine übergeordnete Stellung des Hoheitsträgers ableiten läßt.

Ein wesentlicher Anhaltspunkt ist dabei die Anwendbarkeit von Verwaltungszwang. Grundsätzlich ist allerdings die Möglichkeit, Verwaltungszwang auszuüben, insbesondere Geldbeträge nach der Reichsabgabenordnung beizutreiben, eine Folge der Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht⁵⁾. Daher ist es unzulässig, Verwaltungszwang bei Rechtsverhältnissen anzuwenden, die bereits an Hand anderer Gesichtspunkte als bürgerlichrechtlich einge-

1) BGHZ 21, 333ff (Urt. v. 15. 7. 1956).

2) Löning ZAkDR 1942, 289ff.

3) Spieß ZAkDR 1942, 340ff; Wieacker ZAkDR 1943, 33ff.

4) Aubert, a. a. O., S. 114.

5) BayVGh BayVerwBl 1958, 283 (Urt. v. 27. 5. 1958) und BayVerwBl 1959, 30 (Beschl. v. 26. 6. 1958).

stuft werden können¹⁾. (SIEBERT²⁾ hält offenbar auch die Beitreibung eines privatrechtlichen Entgelts als Gebühr für zulässig. Dem ist aber nicht zu folgen³⁾, da der Grundsatz der einheitlichen Behandlung eines Rechtsverhältnisses⁴⁾ eine solche Beitreibung verbietet.)

Ist jedoch an Hand sonstiger Merkmale die Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses nicht eindeutig zu bestimmen, so läßt sich die Subordination nur aus der Anwendbarkeit von Verwaltungszwang ersehen⁵⁾. So sind Steuern und andere Abgaben wegen der Möglichkeit zwangsweiser Beitreibung öffentlichrechtlicher Natur⁶⁾. Der Gesetzgeber hat in diesen Fällen durch die Einräumung der Möglichkeit, ohne Zuhilfenahme der Gerichte zwangsweise vorzugehen, gezeigt, daß er von seinem "Wahlrecht", seine Aufgaben in öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Form zu erfüllen⁷⁾, dahingehend Gebrauch gemacht hat, daß er ein Subordinationsverhältnis, d. h. also ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis geschaffen hat. Der Schluß von der Art der Durchsetzbarkeit der daraus erwachsenden Ansprüche auf den Charakter des Rechtsverhältnisses ist insoweit keine Verwechslung von Ursache und Wirkung⁸⁾, da der Gesetzgeber auf andere Weise nicht zum Ausdruck gebracht hat, um was für ein Rechtsverhältnis es sich handelt.

Wird nun aber ein Hoheitsträger einem Privatmann gegenüber einseitig zum Handeln verpflichtet, dann kann bei der Beurteilung des Rechtsverhältnisses

-
- 1) So BayVGh, ebenda, für die Beitreibung des Entgelts für eine Benützung gemeindlicher Einrichtungen. Der BayVGh rechnet die Benützung auf Grund der Tatsache, daß sie nicht gemäß einer Satzung erfolgt, dem bürgerlichen Recht zu.
 - 2) A. a. O., S. 224.
 - 3) Die der Ansicht Sieberts entgegengesetzte Meinung vertritt auch Wolff JZ 1953, 554.
 - 4) Diesen Grundsatz vertritt Siebert, a. a. O., S. 229 selbst.
 - 5) Salzwedel, a. a. O., S. 93; BGHZ 9, 397 (Gutachten v. 6. 10. 1952).
 - 6) Dementsprechend ordnen auch Kötter - Ziemer - Siara, a. a. O., Anm. I 1 zu § 1 IHG, die Aufbringungspflicht nach dem IHG unter die öffentlichrechtlichen Zahlungsverpflichtungen ein, weil erforderlichenfalls eine Festsetzung und Beitreibung nach RAO erfolgen kann.
 - 7) Daß dieses Wahlrecht besteht, ist h. Mng. (Vgl. Forsthooff, Lb. S. 356; BayVerfGH BayVGh n. F. 9 II 119 = BayVerwBl 1956, 274, Entsch. v. 20. 6. 1956).
 - 8) Dies rügt Nawiascky, a. a. O., S. 282.

zwischen Berechtigtem und verpflichtetem Hoheitsträger nicht gut auf Subordination bzw. Koordination abgestellt werden. Die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses ist in einem solchen Falle auf Grund des engen Zusammenhanges von Anspruch und Leistung davon abhängig, welches Handeln dem Hoheitsträger auferlegt ist. Wird er zu öffentlichrechtlichem Vorgehen angehalten (wie es beim subjektiven öffentlichen Recht der Fall ist), liegt ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts vor. Soll er privatrechtlich auftreten, was beim Kontrahierungszwang gegeben ist, scheidet von Anfang an öffentliches Recht aus¹⁾.

Bei Schadensersatz-, Erstattungs- und Entschädigungsansprüchen ist dieser Weg allerdings nicht gangbar, weil das vom Hoheitsträger verlangte Handeln - für sich betrachtet - sowohl privatrechtlich als auch öffentlichrechtlich sein könnte. Hier bestimmt sich die Einteilung danach, ob ein öffentlichrechtliches oder ein privatrechtliches Handeln des Hoheitsträgers den Grund für die Gel-

1) Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 85ff spricht allerdings von einer öffentlichrechtlichen Wurzel des Kontrahierungszwanges. Daraus ist aber m.E. nicht zu folgern, daß der Kontrahierungszwang dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist, vor allem auch im Hinblick darauf, daß bei mangelnder gesetzlicher Vorschrift der Kontrahierungszwang aus der bürgerlichrechtlichen Norm des § 826 BGB hergeleitet wird. Der Verpflichtete müßte ja dann auch vor den Verwaltungsgerichten auf Abgabe einer privatrechtlichen Willenserklärung verklagt werden, ein nicht zu billigendes Ergebnis, das auch der bisherigen Praxis widerspräche. (Wenig sinnvoll erscheint daher die Ansicht des BayVerfGH BayVGH n.F. 9 II 119 = BayVerwBl 1956, 274, Entsch. v. 20.6.1956, und des BayVGH BayVerwBl 1955, 59 (Urt. v. 21.6.1954); BayVerwBl 1958, 281 (Urt. v. 27.5.1958) sowie des VGH Württemberg-Hohenzollern DÖV 1952, 184 (Urt. v. 13.12.1951), die einen Anspruch auf Zulassung zur Nutzung der öffentlichen Einrichtungen der Gemeinden dem öffentlichen Recht zuordnen, auch wenn das Benützungsverhältnis selbst privatrechtlich geregelt ist.) - Bartholomeyczik (a.a.O., Anm. 4 zu § 6 EnWG); Huber Bd. I S. 483; Surén - Loschelder, a.a.O., Erl. 3 zu § 17 DGO, S. 294 treten im Gegensatz zu Bitter, a.a.O., S. 117f und Eiser - Riederer (a.a.O., Erl. 3 b zu § 6 EnWG) auch für die privatrechtliche Natur des Kontrahierungszwanges ein.

tendmachung des Anspruches abgegeben hat¹⁾.

Daß der Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung zum öffentlichen Recht gehört, läßt sich - ähnlich wie beim öffentlichrechtlichen Vertrag - in erster Linie aus dem engen Zusammenhang mit den Materien erkennen, die im Wege der Über- und Unterordnung geregelt werden, weniger aus der in diesem Bereich zutage tretenden Über- und Unterordnung selbst. Unter schlichter Hoheitsverwaltung²⁾ ist die Verwaltungstätigkeit zu verstehen, die keinen Hoheitsakt gegenüber Dritten in sich schließt, aber auch nicht unmittelbare Rechtsbeziehungen auf dem Boden der Gleichordnung mit den Bürgern hervorbringt³⁾.

Nun bleibt noch die Frage zu lösen, wie mit der oben⁴⁾ aufgestellten These, daß die Begründung eines Rechtsverhältnisses durch einseitige Anordnung eines Hoheitsträgers auf ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis hinweise, die Tatsache in Einklang zu bringen ist, daß bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse auch durch Verwaltungsakt entstehen können⁵⁾.

Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte, die ein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis begründen, bezwecken aber nicht die Regelung eines Rechtsverhältnisses des Bürgers zu dem den Verwaltungsakt erlassenden Hoheitsträger, sie wollen vielmehr die Beziehungen der Staatsbürger untereinander gestalten⁶⁾. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt dieser Art setzt somit gewissermaßen ein Dreiecksverhältnis voraus⁷⁾: Der Hoheitsträger tritt den betroffenen

1) A. A. Böttcher ZP 1952, 44, der dieser genetischen Betrachtungsweise eine finale vorzieht. Eine Auseinandersetzung damit kann jedoch hier nicht erfolgen.

2) Der Ausdruck stammt von Jellinek, a. a. O., S. 22.

3) Huber Bd. I S. 53; BGH NJW 1957, 1597 = DÖV 1958, 862 (Urt. v. 5. 7. 1957).

4) S. 52.

5) § 16 WohnraumbewirtschaftungsG (WohnBewG v. 31. 3. 1953 BGBl I S. 97, geändert durch G v. 13. 8. 1953, BGBl I S. 915, durch das Erste BundesmietenG v. 27. 7. 1955 BGBl I S. 458 und durch das 2. WoBauG v. 27. 6. 1956 BGBl I S. 523);

§ 10 SchwerbeschädigtenG (v. 16. 6. 1953 BGBl I S. 389).

6) Flessa DVBl 1957, 82; Huber DÖV 1956, 356; BVerwG NJW 1958, 1109 = DÖV 1958, 420 (Urt. v. 7. 3. 1958).

7) Gyi, Interventionsrecht, S. 82.

Andere privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte sind hingegen auch bei zweiseitigem Verhältnis möglich. Ein Beispiel dafür bildet die Enteignung,

Bürgern gegenüber mit übergeordneter Gewalt auf. Das Verhältnis dieser Bürger zum Staat ist daher öffentlichrechtlich (mit der gewichtigen Folge, daß diese Anfechtungsklage erheben können, sofern das Rechtsschutzbedürfnis gegeben ist). Das Verhältnis der Bürger zueinander, das durch den Hoheitsakt gestaltet wird, bleibt im Bereich der Koordination und gehört daher dem Privatrecht an.

Demzufolge spricht der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt nicht gegen die Subjektionstheorie. Bei einseitiger Anordnung eines Hoheitsträgers ist das Verhältnis des Anordnenden zum Betroffenen auch dann öffentlichrechtlich, wenn durch diesen Akt das Rechtsverhältnis von Personen gestaltet wird, die sich auf dem Boden der Gleichordnung, also auf privatrechtlicher Ebene bewegen.

Aus dem Dargelegten ergibt sich, daß die Über- und Unterordnung in der Hauptsache, wenn auch nicht allein bei der Begründung eines Rechtsverhältnisses zum Ausdruck kommt, und daß sie sich nur in besonderen Fällen ausschließlich aus der Möglichkeit der unmittelbaren zwangsweisen Durchsetzung von Ansprüchen durch den Hoheitsträger herleitet. Daraus folgt, daß die Subjektionstheorie (wenn auch ergänzt durch Subjekts- und Interessentheorie) nach wie vor auch im Bereich der pflegenden Verwaltung, in dem die Möglichkeit zwangsweiser Durchsetzung von Ansprüchen naturgemäß entfällt, geeignet ist, eine Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht zu ermöglichen¹⁾.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, daß die Bereiche des Völkerrechts, des Staatsrechts und des Prozeßrechts dem öffentlichen Recht angehören. Öffentliches Recht ist ferner dann gegeben, wenn ein Hoheitsträger oder ein beliehener Unternehmer einem einzelnen im öffentlichen Interesse mit übergeordneter Gewalt gegenübertritt, die sich vor allem bei der Begründung eines Rechtsverhältnisses äußert, aber auch bei der weiteren Ausgestaltung des

der älteste privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt überhaupt (Büreckner, a. a. O., S. 60; Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht, S. 8). Hier wird kein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis zwischen dem enteignenden Hoheitsträger und dem betroffenen Staatsbürger begründet. Das zwischen beiden entstehende Rechtsverhältnis ist vielmehr öffentlichrechtlicher Art. Die privatrechtsgestaltende Wirkung liegt allein in der Entziehung des Eigentums und dessen Übertragung auf den Hoheitsträger.

1) Entgegen Rupp DVBl 1958, 113.

Rechtsverhältnisses, besonders bei der Durchsetzung der daraus erwachsenden Ansprüche zum Vorschein kommen kann. Privatrecht liegt dagegen bei Gleichordnung der Beteiligten vor, sofern es sich nicht um einen öffentlichrechtlichen Vertrag handelt. Ein solcher Vertrag ist dann gegeben, wenn der Gegenstand des Vertrages hoheitsbezogen ist.

(Wer Hoheitsträger ist, bestimmt sich dabei nach Rechtsform und Herkommen oder Verleihung. Beliehene Unternehmer sind Privatpersonen, denen Hoheitsgewalt übertragen wurde.)

V. KAPITEL

Dogmatisch begründete Gegenargumente gegen die gemischten Rechtsformen

Betrachtet man ausgehend von der aufgezeigten Abgrenzung des öffentlichen zum privaten Recht das gemischte Rechtsverhältnis der bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsakts, so ergeben sich gegen diese Rechtsform schwerwiegende dogmatische Bedenken.

1. Einwände gegen die einstufige gemischte Konstruktion

a) Die einstufige gemischte Konstruktion bei der Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechtes der öffentlichen Hand:

Folgt man der Auffassung des BGHZ 20, 77, dann ist der die Rechtsbeziehungen herstellende Akt als Verwaltungsakt mit unmittelbar privatrechtsgestaltender Wirkung anzusehen¹⁾. Bei den Subventionen, den "Übernahmeverträgen" und der Einweisung ins Krankenhaus läge ein vertragsbegründender Hoheitsakt vor²⁾. Bei der Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechtes der öffentlichen Hand werden, wenn man einen Verwaltungsakt annimmt, durch diesen Akt zwar unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger erst hergestellt, das Rechtsverhältnis als solches wird aber dadurch nicht begründet. Das geschieht vielmehr durch die Partner des Kaufvertrages, die sich auf der Ebene der Gleichberechtigung gegenüberreten. Der Akt der Ausübung des Vorkaufsrechtes bewirkt nur einen Eintritt des Hoheitsträgers in dieses bürgerlichrechtliche Schuldverhältnis³⁾. Der Eintritt stellt damit nicht den Begründungsakt dar. Er bewirkt nur, daß ein Beteiligter an dem bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnis ausgewechselt wird. Nur auf diese Weise bringt die von einem Teil des Schrifttums und vom LVG Oldenburg als Verwaltungsakt angesehene Willenserklärung⁴⁾ privatrechtliche Rechtsbeziehungen zwischen Hoheitsträger und einzelner zum Entstehen.

Dogmatisch unmöglich sind aber nur die vertragsbegründenden privat-

1) Sh. oben S. 30.

2) Vgl. Huber Bd. I S. 79.

3) Huber Bd. II S. 69.

4) Sh. oben S. 28.

rechtsgestaltenden Verwaltungsakte, die ein lediglich zweiseitiges Rechtsverhältnis voraussetzen¹⁾. Wie oben dargelegt, ist ein solcher Verwaltungsakt deshalb unmöglich, weil ein Verwaltungsakt seinem Wesen nach unmittelbar nur ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis zum Bürger begründen kann²⁾. Der Hoheitsträger tritt diesem mit übergeordneter Gewalt entgegen, das unmittelbar daraus erwachsende Rechtsverhältnis kann daher nur öffentlichrechtlicher Art sein.

Ein Verwaltungsakt aber, der nur den Eintritt des Hoheitsträgers in ein bereits bestehendes bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis zum Ziele hat, nicht jedoch ein solches Rechtsverhältnis begründet, ist dogmatisch hingegen möglich. Das gesetzliche Vorkaufsrecht der öffentlichen Hand kann folglich für die weiteren Untersuchungen ausscheiden. Es kann zwar ein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis auf Grund Verwaltungsakts zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger bewirken, wenn man die Ausübung des Rechts als Verwaltungsakt ansieht, da die Ausübung aber nur den Eintritt des Hoheitsträgers in ein bereits bestehendes bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis darstellt, stößt diese Konstruktion vom Gesichtspunkt der Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts aus auf keine Bedenken.

b) Die einstufige gemischte Konstruktion bei der Einweisung ins Krankenhaus:

Bei der Einweisung ins Krankenhaus ist in der Regel das für den vertragsbegründenden privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt geforderte Dreiecksverhältnis vorhanden. Einweisender Hoheitsträger, Patient und Träger des Krankenhauses

1) Sh. oben S. 59 f.

2) Otto Mayer Bd. I S. 118:

"Es gibt keine öffentlichrechtlichen Rechtsinstitute mit unmittelbarer zivilrechtlicher Wirkung. Die Wirkung ist ein Teil des Rechtsinstitutes und kann nicht anderer Natur sein als dieses". Ferner: "Es gibt für den Staat keine gemischten Rechtsverhältnisse, feste Ordnungen für bestimmte Arten von Rechtsverhältnissen, in die er treten kann und die danach eine öffentlichrechtliche und eine privatrechtliche Seite aufweisen".

Ebenso Jentsch DÖV 1956, 300. Vgl. auch BVerfG NJW 1959, 139 (Beschl. v. 28.10.1958).

treten zueinander in rechtliche Beziehungen. Ein zweiseitiges Verhältnis ist nur dann gegeben, wenn zufällig Träger des Krankenhauses und Einweisender personengleich sind. Nur dann würde nach BGHZ 9, 145 (148) die Einweisung unmittelbar ein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis zwischen dem Patienten und dem den Verwaltungsakt erlassenden Hoheitsträger zustande bringen.

Wenn man BGHZ 9, 145 (148) folgt, bedeuten diese Fälle eine Durchbrechung des Grundsatzes, daß das durch Verwaltungsakt begründete Rechtsverhältnis zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger bei zweiseitigen Beziehungen öffentlichrechtlicher Natur sein muß. Bezeichnend ist, daß die frühere Rechtsprechung, diesem Grundsatz entsprechend, immer ein öffentlichrechtliches Verhältnis angenommen hat, auf das allerdings die §§ 276, 278 BGB analog anzuwenden sind¹⁾.

Die Durchbrechung des Grundsatzes, daß ein Verwaltungsakt nicht unmittelbar zwischen dem den Akt erlassenden Hoheitsträger und dem Adressaten ein bürgerlichrechtliches Rechtsverhältnis zum Entstehen bringen kann, läßt sich höchstens mit folgender Begründung halten:

Bei der Einweisung ins Krankenhaus ist vom Modellfall auszugehen. Liegt ein Dreiecksverhältnis vor, sind also Einweisender und Träger des Krankenhauses nicht identisch, und wird das Verhältnis des Patienten zum Krankenhausträger in diesem Fall für bürgerlichrechtlich gehalten, dann bleibt es bei diesem bürgerlichrechtlichen Charakter auch bei zweiseitigem Verhältnis. Die zufällige Personengleichheit von Krankenhausträger und Einweisendem soll für die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Krankenhausträger und Patient nicht maßgeblich sein, da sie nicht eine so schwerwiegende Änderung der Umstände herbeiführt, daß die Rechtsbeziehungen des Patienten zum Träger des Krankenhauses nun auf einmal einen anderen Rechtscharakter annehmen müßten. Um dieses Ergebnis rechtlich haltbar erscheinen zu lassen, ist der dritte Beteiligte zu fin-
gieren.

Mit Hilfe dieser Begründung ist es möglich, die Einweisung eines Patienten in das eigene Krankenhaus einer öffentlichen Versicherungsanstalt, einer öffentlichen Krankenkasse oder eines Bezirksfürsorgeverbandes als zulässigen Fall

1) RGZ 59, 197 (Urt. v. 3.10.1904); 131, 67 (Urt. v. 8.11.1930) und 131, 278 (Urt. v. 5.2.1931) bei Versicherungsanstalten und Krankenkassen; RGZ 91, 263 (Urt. v. 27.11.1917); 112, 293 (Urt. v. 8.1.1926); BGHZ 4, 138 (Urt. v. 13.12.1951) bei Fürsorgebehörden.

eines bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisses aufzufassen, das unmittelbar zwischen Hoheitsträger und einem durch Verwaltungsakt zustande kommt. Demnach kann die Einweisung ins Krankenhaus für die folgenden Erörterungen außer acht bleiben.

(Es ist allerdings nicht recht ersichtlich, welcher Anlaß dazu bestehen soll, von der ständigen Rechtsprechung abzuweichen, die bei der Einweisung ins Krankenhaus auf Grund öffentlicher Fürsorge generell ein öffentlichrechtliches Verhältnis annahm¹⁾. Hier wäre nach dieser Rechtsprechung auch im Modellfall, in dem ein Dreiecksverhältnis vorliegt, zwischen Patient und Krankenhausträger ein öffentlichrechtliches Verhältnis gegeben, so daß bei zweiseitigen Beziehungen keinesfalls ein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsakts vorhanden wäre.)

c) Die einstufige gemischte Konstruktion bei Subventionen und "Übernahmeverträgen":

Dogmatische Bedenken bestehen somit in der Hauptsache gegen die Rechtsform der bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisse auf Grund Verwaltungsakts zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger bei den Subventionen und den Übernahmeverträgen, weil hier in jedem Falle ein zweiseitiges Verhältnis festzustellen ist. Die Konstruktion des BGHZ 20, 77 würde hier stets gegen den Grundsatz verstoßen, daß jeder Verwaltungsakt unmittelbar mit dem Betroffenen öffentlichrechtliche Rechtsbeziehungen schafft. Wenn die öffentliche Verwaltung nicht nur am Entstehungsvorgang des Rechtsverhältnisses, sondern auch unmittelbar an diesem selbst beteiligt ist, dann ist die Konstruktion gewaltsam, daß sie dabei in gespaltenen Rechtsnatur aufträte, nämlich als Hoheitsträger, soweit es den Entstehungsvorgang des Rechtsverhältnisses angeht, dagegen als Privatrechtssubjekt, soweit es sich um das Rechtsverhältnis selbst und um die aus ihm erwachsenden Ansprüche und Verpflichtungen handelt²⁾.

Ein hinreichender Grund dafür, diese Konstruktion zu verwenden, ist weder bei den Subventionen noch bei den "Übernahmeverträgen" vorhanden. Im Gegenteil: Es spricht weiter gegen ihre Anwendbarkeit, daß die privatrechtsge-

1) RGZ 91, 263 (Urt. v. 27.11.1917); 112, 293 (Urt. v. 8.1.1926); BGHZ 4, 138 (Urt. v. 13.12.1951).

2) Huber DÖV 1956, 368. Dessen Beweisführung hat sich das BVerwG in NJW 1958, 1109 = DÖV 1958, 420 (Urt. v. 7.3.1958) angeschlossen.

staltende Wirkung des begründenden Verwaltungsaktes aus keinem Gesetz zu entnehmen ist, wie es bei privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten erforderlich wäre¹⁾.

Bei der Getreideeinfuhrregelung will der Bundesgerichtshof²⁾ im Anschluß an MODEST³⁾ dies allerdings aus der Terminologie des GetrG entnehmen ("Kauf", "Rückkauf", "Kaufpreis"). IPSEN hat jedoch zu Recht darauf hingewiesen⁴⁾, daß es sich gar nicht um echte Kaufverträge nach §§ 433ff BGB handeln kann. Es wird dem Käufer weder Eigentum noch Besitz verschafft. Kaufverträge nach den §§ 433ff BGB setzen aber den Austausch von Ware und Geld voraus⁵⁾. Auch die Gewährleistungsrechte des Kaufrechtes stehen dem Importeur nicht zu.

Dies wird von MODEST⁶⁾ und vom Bundesgerichtshof⁷⁾ auch zugegeben. Es sollen jedoch gar keine echten Kaufverträge, sondern Differenzgeschäfte auf der Basis von Kaufverträgen vorliegen⁸⁾. Wenn aus der Bezeichnung des Einfuhrvorganges im Gesetz nach BGH klar hervorgehen soll, daß der Wille des Gesetzgebers dahin gerichtet ist, die Abwicklung der Übernahme privatrechtlich zu gestalten, dann reimt es sich damit schlecht zusammen, wenn die Bezeichnung des angeblich gemeinten Privatrechtsgeschäftes schon irreführend ist.

Die Absicht des Gesetzgebers ging aber auch gar nicht dahin, durch die Terminologie eine Zuweisung zum Zivilrecht vorzunehmen. Dafür spricht allein schon, daß das Gesetz für die Einfuhr-Transaktion keineswegs nur die Ausdrücke "Kauf" und "Rückkauf" verwendet, sondern im gleichen Atemzug von "Übernahme" und "Abgabe" spricht, also Ausdrücke gebraucht, die eher auf öffentliches Recht hindeuten⁹⁾. Hinzu kommt, daß die Verwendung zivil-

1) Übereinstimmend Flessa DVBl 1957, 82.

2) BGH DÖV 1956, 368 (Urt. v. 16. 2. 1956).

3) A. a. O., Anm. 10 zu § 8 GetrG.

4) Ipsen, Konstruktionsfragen, S. 607.

5) OGH NJW 1950, 787 (Urt. v. 30. 6. 1950).

6) Modest, ebenda.

7) BGHZ 20, 77 = DÖV 1956, 368 (Urt. v. 16. 2. 1956).

8) Modest, a. a. O., Anm. 10 zu § 8 GetrG; BGHZ 20, 77 = DÖV 1956, 368 (Urt. v. 16. 2. 1956).

9) Huber DÖV 1956, 356.

rechtlicher Begriffe eine unschädliche falsa demonstratio bedeuten kann¹⁾; denn der Wortlaut ist für die Auslegung einer Rechtsnorm nicht maßgeblich, sondern der Wille und Sinn einer Vorschrift²⁾.

Mit den Übernahmeverträgen bezweckte der Gesetzgeber eine öffentlichrechtliche Regelung, weil er den Rechtsverhältnissen in der Sache öffentlichrechtliche Wesenszüge gegeben hat, indem er sie substantiell der einseitigen Bestimmungsmacht der hoheitlichen Gewalt unterworfen hat³⁾. In einem solchen Fall kann er sie nicht dadurch zu privatrechtlichen Rechtsverhältnissen machen, daß er ihnen einen dem Privatrecht entnommenen Namen beilegt⁴⁾. Die Lehre muß in diesem Punkt erzieherisch auf den Gesetzgeber einwirken, um ein systemloses Nebeneinander von öffentlichem und privatem Recht zu vermeiden⁵⁾. Dies kann vor allem im Wege einer korrigierenden Auslegung geschehen. In diesem Sinne ist OTTO MAYER⁶⁾ zu verstehen, wenn er dem Gesetzgeber die Macht abspricht, ein substantiell öffentlichrechtliches, d.h. vom einseitigen Wirken hoheitlicher Gewalt beherrschtes Rechtsverhältnis durch Formaldeklaration in ein privatrechtliches zu verwandeln⁷⁾.

Damit soll nicht geleugnet werden, daß der Gesetzgeber imstande ist, ein Rechtsverhältnis wie den "Übernahmevertrag" auch privatrechtlich auszugestalten. Das müßte aber dann dem Inhalt nach geschehen, d.h. der Gesetzgeber müßte eine Regelung wählen, bei der die Einfuhrstelle und der Importeur sich wirklich auf dem Boden der Gleichordnung in freier Vereinbarung begegnen.

Da dies hier nicht erfolgt ist, vermag die Verwendung zivilrechtlicher Ausdrücke im Gesetz für sich allein den Abwicklungsvorgang nicht dem Zivilrecht zuzuordnen. Diese Verwendung ist wohl eher aus der weniger ausgebauten Terminologie des öffentlichen Rechtes zu erklären.

1) Ipsen, Konstruktionsfragen, S. 606.

2) So zutreffend Ipsen, ebenda, S. 602. (Vgl. § 133 BGB).

3) Huber, DÖV 1956, 356.

4) Wie Huber, ebenda zu Recht ausführt.

5) Köttgen, "Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht", S. 4.

6) Bd. I S. 117 Fußn. 6.

7) Ebenso PayVerfGH BayVGH n.F. 9 II 120 = BayVerwBl 1956, 275 (Entsch. v. 20.6.1956).

Bei den Subventionen könnte man nur bei Darlehen und Bürgschaften daran denken, den Vorgang auf Grund der Terminologie dem Privatrecht zuzuordnen¹⁾. Hier gilt dann das oben Ausgeführte entsprechend. (Die bürgerlich-rechtliche Natur des Bürgschaftsverhältnisses des Subventionierenden mit dem Gläubiger des Subventionsempfängers²⁾ ergibt sich aus materiellen Gesichtspunkten, nicht aus der Terminologie.)

Bei den verlorenen Zuschüssen läßt sich im Gesetz nicht einmal ein terminologischer Anhaltspunkt dafür finden, daß es sich um zivilrechtliche Rechtsverhältnisse handeln könnte.

Gegen die Annahme bürgerlichrechtlicher Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und einzelnen auf Grund Verwaltungsakts in der vom BGHZ 20, 77 vertretenen Form bei Subventionen und "Übernahmeverträgen" spricht somit, daß hier diese Rechtsform einen durch nichts gerechtfertigten Verstoß gegen den Grundsatz darstellt, daß ein Verwaltungsakt unmittelbar mit dem Betroffenen nur ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis begründen kann, ferner, daß nirgendwo eine privatrechtsgestaltende Wirkung des Verwaltungsaktes normiert ist, und schließlich, daß die rechtliche Behandlung der Abwicklung der Subventionen und der "Übernahmeverträge" nicht zu einer Einordnung ins Zivilrecht zwingt. Die Annahme eines zweigeteilten Rechtsverhältnisses dieser Art bei Subventionen und "Übernahmeverträgen" ist daher abzulehnen.

2. Einwände gegen die zweistufigen gemischten Konstruktionen

a) Die Theorie IPSENS:

Bei der von IPSEN entwickelten zweistufigen Rechtsform³⁾ bleibt zwar der Grundsatz gewahrt, daß ein Verwaltungsakt unmittelbar nur ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis mit dem Adressaten begründen kann, weil zum Zustandekommen der zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen des "Erfüllungsgeschäftes" erst noch der Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages zwischen dem Hoheitsträger und dem Bürger erforderlich ist. Dennoch ergeben sich auch hiergegen dogmatisch begründete Einwände.

1) Dies wird auch tatsächlich von Henze, a. a. O., S. 79 getan.

2) Vgl. dazu unten S. 71 f.

3) Sh. oben S. 31.

Es ist vor allem unmöglich, die Beteiligten bei Abschluß des "Erfüllungsvertrages" als gleichgeordnet anzusehen. Dies wäre jedoch nötig, wenn ein zivilrechtlicher Vertrag vorliegen sollte. Die Gleichordnung fehlt deshalb, weil die inhaltliche Ausgestaltung, die der vorausgehende Verwaltungsakt dem Rechtsverhältnis gegeben hat, für das "Erfüllungsgeschäft" maßgeblich ist¹⁾. Für eine freie Vereinbarung der Partner ist dann kein Raum mehr. Zwar kann diese auch sonst, beispielsweise durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, weitgehend ausgeschaltet sein, ohne daß der zivilrechtliche Charakter verlorenggeht. Wenn aber ein Hoheitsträger dem Bürger keine Gestaltungsbefugnis im Hinblick auf ein zwischen beiden im öffentlichen Interesse bestehendes Rechtsverhältnis einräumt, dann spricht dies dafür, daß es sich um öffentlich-rechtliche Verhältnisse handelt²⁾.

Auf diese öffentlichrechtliche Natur weist die These hin, daß der Abschluß des "Erfüllungsgeschäftes" nur den Vollzug des vorangehenden Verwaltungsaktes darstellen soll³⁾. Mit zivilrechtlichen Verträgen hat ein solcher Vollzug nichts gemein. Es ist begrifflich schlecht vorstellbar, daß der Hoheitsträger dem Bürger zuerst hoheitlich gegenübertritt und als Übergeordneter einen Verwaltungsakt erläßt, dann sich aber in derselben Angelegenheit zur Durchführung des Verwaltungsaktes auf den Boden der Gleichordnung begibt⁴⁾. Die Zweistufigkeitslehre ist aus diesem Grunde eine Scheinkonzeption⁵⁾.

Die Ansicht IPSENS ist demnach schon aus dogmatischen Gründen abzulehnen.

Tatsächlich ist es auch so, daß sich in der Praxis längst nicht immer ein zweistufiges Vorgehen der Verwaltung feststellen läßt. In diesen Fällen versagt die IPSENSche Konstruktion sowieso. Beispielsweise kann bei den "Übernahmeverträgen" nicht die Rede davon sein, daß der Übernahme noch der Abschluß eines zivilrechtlichen "Erfüllungsgeschäftes" nachfolgt⁶⁾. Die von der Einfuhrstelle einseitig vorgenommene Niederlegung der Modalitäten der Transaktion

1) So Ipsen Subv. S. 83f = DVBl 1956, 608; Maunz-Dürig, a. a. O., Anm. 138 zu Art. 1 Abs. 3 GG, Fußn. 1.

2) Sh. oben S. 54 f.

3) Vgl. Henze, a. a. O., S. 43, 92, 104.

4) In diesem Sinne auch BVerwG NJW 1958, 1109 = DÖV 1958, 420 (Urt. v. 7.3.1958); anders aber BVerwG DÖV 1958, 667 (Urt. v. 6.6.1958), wo die Möglichkeit einer zweistufigen Konstruktion bejaht wird.

5) Ebenso Imboden, a. a. O., S. 162.

6) Dementsprechend vertritt auch Ipsen (Konstruktionsfragen S. 607) hier eine rein öffentlichrechtliche Theorie; a. A. aber Modest, a. a. O., Anm. 11 zu § 8 GetrG.

in einem Formular¹⁾ kann keineswegs als Vertragsschluß gedeutet werden²⁾.

Von den Subventionen scheiden die verlorenen Zuschüsse von vornherein aus³⁾. Eine zweistufige Konstruktion ist hier im allgemeinen nicht durchführbar, weil das Rechtsgeschäft sich in dem Akt der Gewährung erschöpft.

Bei den Subventionsdarlehen mag es Fälle geben, in denen der Akt der Bewilligung von der Niederlegung der Einzelheiten des "Vertrages" in einer Urkunde unterschieden werden kann⁴⁾, die Regel ist dieses zweiaktige Vorgehen aber nicht⁵⁾. Aus diesem Grunde befürwortet KRÜGER⁶⁾ auch die Möglichkeit, in einer privatrechtlichen Willenserklärung zugleich einen Verwaltungsakt zu erblicken⁷⁾.

Dagegen erheben sich die gleichen Bedenken wie gegen die Theorie des BGHZ 20, 77: Der Verwaltungsakt, der gleichzeitig als privatrechtliche Willenserklärung angesehen wird, brächte ja dann unmittelbar ein bürgerlich-rechtliches Schuldverhältnis zum Entstehen. Vor allem aber ist ein solcher Akt, der zwei Rechtsbereichen angehört, gar nicht denkbar⁸⁾. Ein Hoheits-

1) Sh. oben S. 21.

2) Dies betont auch das BVerwG NJW 1958, 1109 = DÖV 1958, 421 (Urt.v. 7.3.1958) ausdrücklich.

3) So auch Ipsen, Subv. S. 63 = DVBl 1956, 603.

4) Von den bei Ipsen, Rechtsgutachten, S. 8ff, angeführten Beispielen betreffen aber nur zwei Darlehen. Von diesen läßt § 1 der 1. DVO zum G über Handelsschiffbaudarlehen (BGBl 1951 I S. 69) keineswegs eindeutig eine zweistufige Konstruktion erkennen (was Ipsen, ebenda, S. 8, selbst einräumen muß). Beim zweiten Beispielfall (Verwaltungsanordnung des Senats der Hansestadt Hamburg über die Förderung des sozialen Wohnungsbaues v. 16.1.1951, Amtl. Anzeiger 1951, S. 87) handelt es sich nur um eine Verwaltungsvorschrift, die für die rechtliche Konstruktion der Darlehenshingabe nicht verbindlich ist (vgl. Haueisen DÖV 1959, 6 und BSG DVBl 1959, 69, Urt.v. 4.9.1958).

5) Flessa DVBl 1957, 83 und 120.

6) BB 1953, 565.

7) Ebenso BVerwG DÖV 1958, 667 = NJW 1959, 115 (Urt.v. 6.6.1958).

8) Flessa DVBl 1957, 82 und DÖV 1959, 106; RGZ 162, 365f (Urt.v. 19.1.1940); BGHZ 2, 43 = NJW 1952, 219 (Urt.v. 23.4.1951); BGHZ 6, 314 = NJW 1952, 1211 (Urt.v. 19.6.1952); VGH Kassel NJW 1956, 1653 (Urt.v. 15.5.1956).

träger kann nur entweder als Übergeordneter oder als Gleichgeordneter auftreten, beides zugleich ist logisch unmöglich. Es wäre auch völlig ungeklärt, welche Gesichtspunkte für die Entscheidung der Frage maßgeblich sein sollen, wann ein Verwaltungsakt zugleich eine privatrechtliche Willenserklärung darstellt. Es ergibt sich ferner die Gefahr, daß die Gültigkeit des Aktes verschieden beurteilt werden kann, je nachdem, unter welchem Blickwinkel man ihn betrachtet.

Die zweistufige Konstruktion IPSENS läßt sich demnach bei den Subventionskrediten nicht halten.

Bei den Bürgschaften wird sich hingegen stets eine Zweistufigkeit feststellen lassen¹⁾: Die Entscheidung des Hoheitsträgers darüber, ob dem Antrag des Staatsbürgers auf Gewährung einer Bürgschaft zu entsprechen ist, unterscheidet sich deutlich vom Abschluß des zivilrechtlichen Bürgschaftsvertrages.

Daß dem so sein muß, wird ohne weiteres verständlich, wenn man das Wesen der Bürgschaft betrachtet: Der Bürge verpflichtet sich gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Schulden des Dritten einzustehen²⁾. Für die Subventionsbürgschaften ergibt sich daraus folgendes:

Die Zusage einer Bürgschaft wird dem Schuldner hoheitsrechtlich gewährt. Dies ist der Verwaltungsakt der Bewilligung. Verwirklicht kann diese Bewilligung aber nur werden durch Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages mit dem Gläubiger des Begünstigten. Die erste (öffentlichrechtliche) Stufe betrifft also das Verhältnis des begünstigten Staatsbürgers zu dem die Subvention gewährenden Hoheitsträger, die zweite (privatrechtliche) Stufe regelt das Verhältnis des subventionierenden Hoheitsträgers zu dem Gläubiger. Daß auf dieser zweiten Stufe die Beteiligten gleichgeordnet sind, sich also im Bereich des Privatrechts bewegen, erhellt daraus, daß für das Zustandekommen des Bürgschaftsverhältnisses mit dem Gläubiger eine einseitige Anordnung des Hoheitsträgers nicht genügt. Es bedarf vielmehr einer vertraglichen Übereinkunft.

Die Zweistufigkeit der Subvention in Form einer Bürgschaft folgt somit aus der Tatsache, daß drei Beteiligte vorhanden sind: Bürge, Schuldner und Gläu-

1) Für die Filmproduktionsbürgschaften Nachweis bei Ipsen, Rechtsgutachten S. 6; weitere Beispiele ebenda, S. 8ff. Sh. auch Flessa NJW 54, 538.

2) Vgl. § 765 Abs. 1 BGB.

biger.

Ähnliches gilt für die Refinanzierungszusage. In erster Stufe wird dem Subventionierten im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Verhältnisses die Zusage erteilt, daß er in Form eines Refinanzierungsdarlehens begünstigt werden wird. In Erfüllung dieser Zusage schließt der Hoheitsträger in zweiter Stufe einen privatrechtlichen Refinanzierungsvertrag mit dem Darlehensgeber des Subventionierten¹⁾.

Aus Vorstehendem folgt, daß einer "zweistufigen" Konstruktion bei Bürgschaften und Refinanzierungszusagen keine dogmatischen Bedenken entgegenstehen: Der Verwaltungsakt der Bewilligung bringt unmittelbar ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis zwischen dem den Verwaltungsakt erlassenden Hoheitsträger und dem begünstigten Schuldner zustande. Der daraufhin erfolgende Abschluß eines Bürgschafts- oder Refinanzierungsvertrages begründet rein privatrechtliche Beziehungen mit einer anderen Person, nämlich dem Gläubiger des Begünstigten. Dabei handelt es sich jedoch nicht um ein zweistufiges Rechtsverhältnis, sondern um zwei nacheinander entstehende Rechtsverhältnisse mit verschiedenen Partnern.

Der Ausgangspunkt der IPSENSchen Konstruktion²⁾ ist daher völlig richtig: Bei Bürgschaften ist ein zweistufiges Vorgehen der Verwaltung stets notwendig (wobei allerdings nicht von einem zweistufigen Rechtsverhältnis gesprochen werden kann). Auch bei der Refinanzierungszusage lassen sich ein öffentlichrechtliches und ein privatrechtliches Rechtsverhältnis unterscheiden. Verfehlt ist aber die Anwendung einer zweistufigen Konstruktion auf andere Arten von Subventionen.

-
- 1) Allerdings soll hier bereits das Verhältnis des refinanzierenden Hoheitsträgers zum Begünstigten zweistufig gestaltet sein. Der öffentlichrechtlichen Subventionszusage soll sich der sog. "Direktvertrag" anschließen, der privatrechtlich beurteilt wird (vgl. Flessa DVBl 1957, 118ff). Dem kann aber nach dem oben Ausgeführten nicht gefolgt werden.
 - 2) Ipsen entwickelte sie zuerst für die Filmproduktionsbürgschaften (vgl. Ipsen, Rechtsgutachten S. 5ff).

b) Die Theorie HAMANNS:

Gegen die ebenfalls zweistufige Theorie HAMANNS¹⁾ sind zunächst einmal dieselben Argumente wie gegen die Ansicht IPSENS anzuführen.

Darüber hinaus aber ist es undenkbar, daß in einem Rechtsverhältnis privatrechtliche und öffentlichrechtliche Elemente nebeneinander herlaufen. Dies würde zu einer unheilbaren Verwirrung führen. Jede innerhalb des Rechtsverhältnisses vorgenommene Rechtshandlung müßte öffentlichrechtliche und privatrechtliche Züge tragen, was zu verschiedener rechtlicher Behandlung zwingen könnte, je nachdem, unter welchem Aspekt man die Handlung betrachtet. Ein derartiges Gemisch ist mit der unserem Rechtssystem eigenen Scheidung in öffentliches und privates Recht nicht vereinbar. Es würde auch jeglicher Rechtssicherheit widersprechen, da die bei einer solchen Gemengelage unterschiedlichen rechtlichen Beurteilungen die Regel wären²⁾.

3. Der Grundsatz der einheitlichen Behandlung eines Rechtsverhältnisses

Nach den vorstehenden Ausführungen sind sämtliche Konstruktionsversuche für eine aus öffentlichem und privatem Recht gemischte Gestaltung eines Rechtsverhältnisses zum Scheitern verurteilt. Ein Rechtsverhältnis ist vielmehr einheitlich zu betrachten³⁾, da der Staat nicht zugleich hoheitlich,

1) Sh. oben S. 32.

2) In diesem Sinne auch Henze, a. a. O., S. 95f.

3) Jellinek, a. a. O., S. 50; Wolff Lb. S. 79; vor allem aber Apelt, a. a. O., S. 132:

"Die konsequente Fortentwicklung des öffentlichen Rechts mit der Richtung seiner Verselbständigung und der logischen Durchbildung seiner Rechtsformen führt zu dem neuen Grundsatz der Einheitlichkeit und inneren Geschlossenheit der Verwaltungsrechtsinstitute. Dies bedeutet, daß das Rechtsverhältnis nicht teilbar ist, und nur in seiner Gesamtheit und mit allen seinen unmittelbaren Rechtswirkungen dem einen oder dem anderen Gebiet zugehören kann".

Vgl. auch BVerfG NJW 1959, 139 (Beschl. v. 28.10.1958); ferner Clasen, DÖV 1959, 282 und 287.

also im Über- und Unterordnungsverhältnis, und privatrechtlich, also gleichgeordnet auftreten kann¹⁾.

Die Notwendigkeit der einheitlichen Betrachtung eines Rechtsverhältnisses wird bestritten von MOLITOR²⁾. Er bezieht den Unterschied von öffentlichem und privatem Recht nicht auf den Organismus des ganzen Rechtsverhältnisses, sondern auf den einzelnen Anspruch³⁾. Dem steht entgegen, daß der Begründungsvorgang bei einem Rechtsverhältnis das gewichtigste Indiz für dessen Rechtsnatur ist. Die Natur der einzelnen Ansprüche, die aus dem Rechtsverhältnis erwachsen, muß dann notwendigerweise gleich sein. Wenn MOLITOR den Begründungsvorgang als Indiz für Über- und Unterordnung bzw. Gleichordnung für belanglos hält⁴⁾ und wenn er auch die Art der Durchsetzung nicht für maßgeblich erachtet⁵⁾, dann ist nicht recht ersichtlich, woran er eigentlich die Über- und Unterordnung bzw. Gleichordnung erkennen will, die auch er als Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichem und privatem Recht verwendet⁶⁾.

Die Möglichkeit einer unterschiedlichen Behandlung einzelner Ansprüche desselben Rechtsverhältnisses bedeutet auch eine unnötige Aufsplitterung eines Rechtsverhältnisses. Wenn MOLITOR dabei für seine Theorie anführt, es sei anerkannt, daß ein Lebenssachverhalt sehr wohl gleichzeitig eine öffentlichrechtliche und eine privatrechtliche Seite haben könne⁷⁾, so wird von ihm der grundsätzliche Unterschied zwischen einem Lebenssachverhalt, aus dem freilich verschiedenartige Rechtsverhältnisse entspringen können⁸⁾, und einem Rechtsverhältnis verkannt.

Die Anspruchstheorie MOLITORS ist daher abzulehnen.

Es ist an der einheitlichen Betrachtung eines Rechtsverhältnisses festzuhalten. Aus dogmatischen Gründen kann demzufolge die Rechtsform eines bürgerlich-

1) Otto Mayer Bd. I S. 118.

2) A. a. O., S. 52ff.

Dem angeschlossen hat sich Stern VerwArch Bd. 49 S. 153.

3) Molitor, ebenda, S. 51.

4) Ebenda, S. 54.

5) Ebenda, S. 56.

6) Ebenda, S. 60.

7) Ebenda, S. 54.

8) Wolff Lb. S. 78.

rechtlichen Schuldverhältnisses zwischen Hoheitsträger und einzelner auf Grund Verwaltungsakts bei Subventionen und "Übernahmeverträgen" nicht bejaht werden.

VI. KAPITEL

Begründung einer rein öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise bei Subventionen und "Übernahmeverträgen"

1. Hauptteil

Da auch FLESSA¹⁾ den gemischten Rechtsverhältnissen ablehnend gegenübersteht, tritt er für eine rein zivilrechtliche Betrachtungsweise bei den Subventionen ein, wie sie bereits früher von anderen Autoren²⁾ für richtig gehalten worden ist.

Es handelt sich aber weder bei den Subventionen noch bei den "Übernahmeverträgen" um Verträge des Privatrechts. Bei beiden Rechtsinstituten wird ein Hoheitsträger im öffentlichen Interesse tätig. Bei den Subventionen ist die Vorteilsbeschaffung zu Gunsten des Subventionsempfängers nur Mittel zum Zweck³⁾. Der eigentliche Sinn liegt in der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe⁴⁾, die von mannigfaltigster Art sein kann, häufig aber der Wirtschaftslenkung dienen wird⁵⁾. Auch die Einfuhrstellen üben ihre Tätigkeit nicht aus, um Gewinn zu erzielen, sondern um die Versorgung der Bevölkerung und ein gleichbleibendes Getreide-, Fett-, Vieh- und Fleisch- bzw. Zuckerpreinsniveau zu gewährleisten⁶⁾, also ebenfalls um eine öffentliche Aufgabe wahrzunehmen.

Damit spricht bei beiden Rechtsinstituten die Vermutung dafür, daß sie dem öffentlichen Recht angehören⁷⁾. Es müßten schon gewichtige Argumente dafür vorhanden sein, daß die Verwaltung ausnahmsweise bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben sich hier des Privatrechts bedient (was ihr an sich durchaus offenstünde⁸⁾).

1) NJW 1954, 539 und DVBl 1957, 121.

2) Kegel JZ 1951, 394; Römer BB 1950, 99.

3) Ipsen Subv. S. 65 = DVBl 1956, 604.

4) Schindler, a. a. O., S. 134; BVerwG NJW 1959, 1098 (Urt. v. 19. 12. 1958).

5) Sh. oben S. 7.

6) Ipsen, Konstruktionsfragen, S. 600; LG Frankfurt/Main NJW 1958, 754 (Urt. v. 9. 1. 1958).

7) Das ergibt sich aus dem oben S. 43 Ausgeführten.

8) Bachte aber BVerwG NJW 1958, 2129 (Urt. v. 23. 7. 1958):

Bei der Erfüllung sozialstaatlicher Pflichten soll der Verwaltung das Wahlrecht zwischen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Gestaltung ver-

Solche Gesichtspunkte lassen sich hier aber nicht finden. Es sind im Gegenteil Merkmale vorhanden, welche die Zuordnung beider Rechtsinstitute zum öffentlichen Recht für richtig erscheinen lassen.

Zwar könnte man sowohl die "Übernahmeverträge" als auch die Subventionen auf den ersten Blick für Vereinbarungen auf dem Boden der Gleichordnung halten, weil dem Staatsbürger eine gewisse Mitwirkung beim Eingehen des Rechtsverhältnisses eingeräumt ist. Bei näherem Zusehen läßt sich aber feststellen, daß diese Mitwirkung des Staatsbürgers sehr eingeschränkt ist, und von einer freien Vereinbarung auf dem Boden der Gleichordnung keine Rede sein kann, so daß gemäß dem oben Ausgeführten¹⁾ eine einseitige Anordnung des Hoheitsträgers vorliegt, die als Kennzeichen hoheitlichen Handelns zu werten ist.

Bei den "Übernahmeverträgen" ergibt sich dies einmal aus der Einschränkung der Entschlußfreiheit des Importeurs durch die Anbietungspflicht²⁾. Er hat nicht die Möglichkeit, frei seinen Vertragspartner zu wählen, sondern muß sich bei jedem Einfuhrgeschäft an die Einfuhrstelle wenden. Diese kann so dann bindend festlegen, ob er seine Waren ins Inland einführen darf oder nicht. Das zeigt bereits deutlich, daß die Einfuhrstelle dem Importeur gegenüber eine übergeordnete Stellung innehat³⁾, daß also die so zustande gekommenen "Übernahmeverträge" dem öffentlichen Recht angehören.

Zum anderen besitzt der Importeur keinen Einfluß auf die Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen ihm und der Einfuhrstelle. Die "Vertragsbedingungen" werden von der Einfuhrstelle einseitig festgelegt. Sie bestimmt, welche Auflagen der Importeur zu erfüllen hat, sie setzt den Übernahme- und Abgabepreis fest. Bezeichnend ist dabei, daß nur sie das Formular unterzeichnet, in dem die Modalitäten des "Übernahmevertrages" niedergelegt sind. Aus dieser Eigenart der "Übernahmeverträge" läßt sich ebenfalls die hoheitliche Stellung der Einfuhrstelle ableiten⁴⁾.

wehrt sein. Nach dieser Entscheidung muß die öffentliche Hand bei den aus der Sozialstaatsverpflichtung erwachsenden Aufgaben die Formen des öffentlichen Rechtes verwenden.

1) Sh. S. 54 f.

2) Sh. oben S. 55.

3) Hierauf weist besonders Ipsen, Konstruktionsfragen, S. 604 hin.

4) Ebenso Huber Bd. I S. 517 und DÖV 1956, 355;

Ipsen, ebenda, S. 605.

Die Mitwirkung des Importeurs erschöpft sich damit in der Antragstellung. Der Antrag ist insoweit Tatbestandsmerkmal eines Verwaltungsaktes¹⁾. Diese Art der Mitwirkung kommt bei einer ganzen Reihe von Verwaltungsakten vor, ohne daß diese dadurch privatrechtlichen Charakter erhielten.

Bei den Subventionen ist rechtlich die Abschlußfreiheit des Staatsbürgers nicht eingeschränkt. Eine tatsächliche Einschränkung der Abschlußfreiheit des Bürgers kann sich aus seiner Abhängigkeit von den Leistungen der Verwaltung ergeben. Dies kann aber für die Frage, ob der Hoheitsträger hoheitlich tätig geworden ist, nicht von Bedeutung sein.

Wesentlich hingegen ist die Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des Staatsbürgers. Die Bedingungen für die Gewährung einer Subvention werden stets durch die Subventionsverwaltung einseitig festgelegt, ohne daß dem Staatsbürger die Möglichkeit eingeräumt ist, in wichtigeren Punkten Einfluß auf die Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses zu nehmen²⁾. Bei den Eingliederungsdarlehen aus Mitteln des Lastenausgleiches ist die einseitige Bestimmung der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses durch den Leiter des Ausgleichsamtes in Form eines Bescheides sogar gesetzlich verankert³⁾. In der Regel erfolgt die Festlegung der Modalitäten des Rechtsverhältnisses nicht von Fall zu Fall, sondern auf Grund allgemeiner Richtlinien und Verwaltungsanordnungen für alle gleichliegenden Fälle einheitlich.⁴⁾ Wenn HENZE⁵⁾ diese weitgehende Rege-

1) Vgl. v. Turegg, a. a. O., S. 120.

2) Henze, a. a. O., S. 98f. Für die Schweiz: Schindler, a. a. O., S. 133; Schweizer BGE 50 II 293 (v. 9. 7. 1924).

3) §§ 345, 347 LAG.

4) Henze, a. a. O., S. 99.

Vgl. z. B. die gemäß § 319 LAG ergangene Weisung des Präsidenten des Bundesausgleichsamtes v. 21. 10. 1952 über Aufbaudarlehen für die gewerbliche Wirtschaft und die freien Berufe (Bundesanzeiger Nr. 211) i. d. Fsg. v. 10. 7. 1953 (Bundesanzeiger Nr. 147), v. 5. 7. 1954 (Mtbl. BAA S. 193), v. 27. 2. 1956 (Mtbl. BAA S. 370) und v. 9. 12. 1957 (Bundesanzeiger Nr. 245); die Weisung des Präsidenten des Bundesausgleichsamtes über Aufbaudarlehen für den Wohnungsbau i. d. Fsg. v. 3. 12. 1956 (Bundesanzeiger Nr. 248, Mtbl. BAA 1956, 543) mit den Änderungen der Weisung v. 9. 12. 1957 (Bundesanzeiger Nr. 245); Richtlinien des Bundesministers für Wohnungsbau und des Bundesausgleichsamtes für den Einsatz der Bundesmittel für den sozialen Wohnungsbau 1958 v. 9. 12. 1957 (Bundesanzeiger Nr. 246).

5) A. a. O., S. 98.

lung und Typisierung der Rechtsverhältnisse mit den im Privatrecht vorkommenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen gleichsetzt, so verkennt er, daß hier die einseitige Festlegung der Bedingungen von Hoheitsträgern im öffentlichen Interesse vorgenommen wird, die damit zu erkennen geben, daß sie von den ihnen eingeräumten Hoheitsbefugnissen auch Gebrauch machen¹⁾. Die Ansicht HENZES ist zudem widerspruchsvoll, da er selbst dem Akt der Gewährung hoheitlichen Charakter beimißt. Wären die Verwaltungsanordnungen der Subventionsverwaltung wirklich den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gleichzusetzen, dann könnten sie nur für das Zivilrecht maßgeblich sein und auf den hoheitlichen Akt der Gewährung keinen Einfluß haben. HENZE nimmt aber selbst an, daß die Bedingungen, welche die Verwaltung dem Bürger auferlegen will, im allgemeinen bereits in dem gewährenden Verwaltungsakt enthalten sein sollen²⁾.

Die Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des Subventionierten hinsichtlich des Subventionsverhältnisses kann daher nur als Beleg für die hoheitliche Stellung des subventionierenden Hoheitsträgers gedeutet werden³⁾.

Die Mitwirkung des Bürgers beschränkt sich hier ebenso wie bei den "Übernahmeverträgen" auf die Stellung eines Antrages⁴⁾. Diese Art der Mitwirkung ändert nichts an dem hoheitlichen Charakter des Subventionierungsaktes⁵⁾.

Untermauert wird das Ergebnis, daß der Hoheitsträger sowohl bei den "Übernahmeverträgen" als auch bei den Subventionen hoheitlich tätig wird, noch durch Besonderheiten dieser Rechtsinstitute, die ebenfalls die übergeordnete Stellung der tätig werdenden Hoheitsträger erkennen lassen.

Hier ist einmal die Auskunftspflicht zu nennen, die den Importeur bei "Übernahmeverträgen" immer trifft⁶⁾, die aber auch bei Subventionen vor-

1) Sh. oben S. 55.

2) Henze, a. a. O., S. 71.

3) Übereinstimmend Hamann BB 1953, 866. Vgl. auch Ule, Staatszeitung für Rheinland - Pfalz 1954, Beilage 2.

4) Ipsen, Subv. S. 61f = DVBl 1956, 603.

5) Matti, a. a. O., S. 49.

6) Sh. oben S. 22.

kommt¹⁾. Die Auskunftspflicht des Importeurs bzw. des Subventionierten richtet sich nach der VO über Auskunftspflicht vom 13. Juli 1923 (RGBl I S. 699), die dem auskunftsberechtigten Hoheitsträger ziemlich weitreichende Befugnisse einräumt. (Bezeichnend ist, daß sowohl MODEST²⁾ als auch HENZE³⁾, die an sich für eine teilweise zivilrechtliche Gestaltung der "Übernahmeverträge" bzw. der Subventionen eintreten, das Auskunftersuchen als Verwaltungsakt ansehen.)

Wenn bei den Subventionen häufig auch nicht auf die VO über Auskunftspflicht hingewiesen ist,⁴⁾ so gehen doch in jedem Falle die Bindungen des Subventionierten sehr weit.

Ein weiteres Anzeichen der Überordnung der Einfuhrstellen ist die Möglichkeit, für ihre Tätigkeit Gebühren zu erheben und diese gemäß der Reichsabgabenordnung beizutreiben⁵⁾; denn bei bürgerlichrechtlichen Verträgen ist es unzulässig, Gebühren einzuziehen und zu diesem Zwecke Verwaltungszwang anzuwenden⁶⁾. Die gesetzliche Zulassung des Verwaltungszwanges bei der Erhebung der Gebühren für die Tätigkeit der Einfuhrstellen ist die logische Folge aus der rein öffentlichrechtlichen Natur des gesamten Rechtsverhältnisses.

MODEST⁷⁾ bestreitet das unter Hinweis darauf, daß die Beitreibung nach Reichsabgabenordnung nicht für die Geldbeträge vorgesehen ist, welche die Einfuhrstellen aus der Verrechnung von Übernahme- und Abgabepreis zu fordern haben. Diese Beträge wären doch auch öffentliche Abgaben, wenn der Vorgang dem öffentlichen Recht angehören würde. Das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung für die Einziehung des Differenzbetrages spreche dafür, daß der Gesetzgeber den Übernahmevorgang nicht dem öffentlichen Recht zuweisen wollte.

Dieser Schluß ist aber nicht zwingend. MODEST entnimmt e contrario aus der

1) Vgl. § 12 des G über die Verwaltung des ERP - Vermögens v. 31. 8. 1953 (BGBl I S. 1312); ferner § 6 des G zur Förderung der deutschen Eierwirtschaft v. 31. 3. 1956 (BGBl I S. 239).

2) A. a. O., Anm. 4 zu § 18 GetrG.

3) A. a. O., S. 101.

4) Vgl. z. B. die 1. DVO zum G über Darlehen zum Bau und Erwerb von Handelsschiffen v. 22. 12. 1950 (BGBl 1951 I S. 69) und die BürgschaftsVO v. 30. 7. 1951 (BGBl I S. 483).

5) Sh. oben S. 22.

6) Sh. oben S. 56 f.

7) Ebenda, Anm. 10 zu § 8 GetrG.

Festlegung des Verwaltungszwanges für die Gebühren die Unzulässigkeit des Verwaltungszwanges für die Einziehung des Differenzbetrages. Genau so gut läßt sich aber ein Analogieschluß ziehen: Wenn schon bei der Erhebung der Gebühren Verwaltungszwang angewendet werden darf, dann ist dies auch bei der Beitreibung des Differenzbetrages möglich, wie es bei jeder öffentlichrechtlichen Abgabe der Fall ist.

Für diesen Analogieschluß spricht, daß die ausdrückliche Anordnung des Verwaltungszwanges durch den Gesetzgeber für die Einziehung der Gebühren, die nur bei öffentlichrechtlichem Handeln zulässig ist, wie MODEST¹⁾ selbst anerkennt, viel sicherer den öffentlichrechtlichen Charakter des Übernahmevorganges aufzeigt als das Schweigen des Gesetzgebers über die Art der Einziehung des Differenzbetrages, das MODEST als Indiz für die privatrechtliche Deutung des Übernahmevorganges auffaßt.

Eine rein zivilrechtliche Betrachtungsweise der Subventionen und "Übernahmeverträge" ist nach vorstehenden Überlegungen ausgeschlossen.

Die für die zivilrechtliche Betrachtungsweise ins Feld geführten Argumente vermögen dieses Ergebnis nicht zu entkräften.

FLESSA²⁾ hält wegen der Unzulänglichkeit der gemischten Konstruktion an der privatrechtlichen Ausprägung fest. Dieser Gesichtspunkt wird aber in dem Augenblick hinfällig, in dem eine brauchbare öffentlichrechtliche Lösung vorhanden ist. Eine solche kann sowohl für die "Übernahmeverträge" als auch für die Subventionen angenommen werden. Das soll weiter unten bei der Behandlung der praktischen Fragen näher dargelegt werden³⁾.

MODEST⁴⁾ begründet die zivilrechtliche Gestaltung der "Übernahmeverträge" u. a. damit, daß die Einfuhrstellen ausdrücklich von der Umsatzsteuerpflicht befreit sind⁵⁾. Dieser ausdrücklichen Festlegung der Umsatzsteuerfreiheit hätte es nach MODEST⁶⁾ nicht bedurft, wenn die Tätigkeit der Einfuhrstellen öffentlichrechtlicher Art wäre, da nach § 2 Abs. 3 Umsatzsteuergesetz⁷⁾ die Aus-

1) A. a. O., Anm. 10 zu § 8 GetrG.

2) DVBl 1957, 121.

3) Sh. unten S. 93 ff.

4) A. a. O., Anm. 10 zu § 8 GetrG.

5) Sh. oben S. 21.

6) Ebenda.

7) UStG i. d. Fssg. v. 1.9.1951 sowie i. d. Fssg. des ÄnderungsG v. 14.9.1951 (BGBl I S. 885), des 2. ÄndG v. 30.7.1952 (BGBl I S. 393), des 3. ÄndG v.

übung öffentlicher Gewalt keine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit darstellt und somit bereits nach §§ 1, 2 Abs. 1 UStG nicht der Umsatzsteuerpflicht unterliegt.

Dieses Argument MODESTS überzeugt aber nicht. Man kann die Befreiung von der Umsatzsteuerpflicht ebensogut so deuten, daß der Gesetzgeber nicht den Katalog der von der Umsatzsteuer Befreiten erweitern wollte, sondern daß er nur klarstellen wollte, daß es sich bei der Tätigkeit der Einfuhrstellen um Ausübung öffentlicher Gewalt handelt, für die bereits das Umsatzsteuergesetz Umsatzsteuerfreiheit vorsieht.

HENZE führt als Beleg für die zivilrechtliche Gestaltung der Abwicklung von Subventionsdarlehen und -bürgschaften an, daß allein das Zivilrecht Rechtsformen entwickelt habe, die auf solche Rechtsverhältnisse passen, und daß das öffentliche Recht keine entsprechenden Rechtsformen aufzuweisen habe¹⁾. Die verlorenen Zuschüsse sollen dagegen dem öffentlichen Recht angehören, da die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes für diese nicht geeignet sind²⁾.

HENZE stützt sich damit offenbar auf die oben abgelehnte Rechtsformentheorie³⁾. Welche Rechtsformen auf das Rechtsverhältnis Anwendung finden sollen, muß sich aber erst an Hand der Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum öffentlichen oder privaten Recht auf Grund der Subjektionstheorie ergeben. Die anzuwendenden Rechtsformen sind nur die Folge, nicht die Ursache der Zuordnung.

Ebensowenig greift das weitere Argument HENZES für die zivilrechtliche Ausprägung der Abwicklung von Subventionsdarlehen durch, daß nach der positiven Regelung vom Darlehensnehmer im allgemeinen Sicherheitsleistung verlangt werden kann⁴⁾, was bei öffentlichrechtlichem Charakter der Subventionsdarlehen nicht möglich wäre⁵⁾.

Der Schluß von der Möglichkeit, vom Darlehensnehmer Sicherheitsleistung zu

23.5.1953 (BGBl I S. 223), des 4. ÄndG v. 21.7.1954 (BGBl I S. 211), des 5. ÄndG v. 26.12.1954 (BGBl I S. 505) und des 6. ÄndG v. 8.3.1956 (BGBl I S. 103).

1) Henze, a. a. O., S. 80 und 120.

2) Ebenda, S. 120f.

3) Sh. oben S. 40.

4) Vgl. BVerwGE 6, 117 (Urt. v. 16.1.1958).

5) So Henze, a. a. O., S. 85.

verlangen, auf die privatrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses ist nämlich nicht zutreffend; denn auch für Ansprüche, die im öffentlichen Recht wurzeln, kann eine Sicherheit bestellt werden, so beispielsweise eine Hypothek¹⁾. (Ausgeschlossen ist lediglich die Bestellung einer Hypothek für öffentliche Lasten des Grundstücks wegen § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG, der sowieso für diese Lasten ein Recht auf bevorzugte Befriedigung aus dem Grundstück gewährt²⁾). Die Rückzahlungspflicht, die aus einem Subventionsdarlehen erwächst, ist jedoch keine Last, die auf einem Grundstück ruht, sondern eine persönliche Verpflichtung des Darlehensnehmers, so daß hierfür auch bei öffentlichrechtlicher Natur eine hypothekarische Sicherung zulässig ist.)

Das Ergebnis der Untersuchung, daß es sich bei den Subventionen nicht um zivilrechtliche, sondern um öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse handelt, wird durch eine rechtsvergleichende Betrachtung noch gestützt. In der Schweiz hat sich bereits seit längerer Zeit eine rein öffentlichrechtliche Auffassung herausgebildet³⁾. Nun gleicht die Struktur der Schweizer Rechtsordnung in großem Maße der deutschen⁴⁾, insbesondere wurde die Schweizer Verwaltungslehre weitgehend von der deutschen beeinflusst und bestimmt⁵⁾. Die Schweizer Rechtsordnung weist ebenso wie die deutsche den grundlegenden Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht auf⁶⁾. Auch in der Schweiz legt das Gesetz kein Kriterium für die Unterscheidung der beiden Rechtsbereiche fest⁷⁾. Wenn auch die Interessentheorie bei der Abgrenzung mehr Bedeutung als in Deutschland gewonnen hat⁸⁾, so stützen sich doch Lehre und Rechtsprechung zumeist auf die Subjektionstheorie⁹⁾.

1) KG OLG 16 (1908) S. 163 (Beschl. v. 27. 6. 1907).

2) KG HRR 8 (1932) Nr. 63 (v. 2. 7. 1931).

3) Sh. oben S. 4 f.

4) Henze, a. a. O., S. 86.

5) Imboden, a. a. O., S. 30.

6) Kistler, a. a. O., S. 32; Ruck, a. a. O., S. 36f; Schindler, a. a. O., S. 132.

7) Kistler, a. a. O., S. 33; Schindler, ebenda.

8) Germann, a. a. O., S. 199.

9) Ruck, a. a. O., S. 37; Schweizer BGE 40 II 83 (85) (v. 7. 2. 1914); 43 II 114 (117f) (v. 3. 2. 1917); 47 II 466 (469) (v. 22. 9. 1921); 56 II 303 (308) (v. 30. 9. 1930); 62 II 291 (v. 23. 10. 1936).

Bei dieser weitgehenden Übereinstimmung der rechtlichen Gegebenheiten in der Schweiz und in Deutschland ist eine unterschiedliche rechtliche Behandlung der Subventionen in beiden Ländern nicht recht einzusehen. Da sich die in der Schweiz entwickelte rein öffentlichrechtliche Konstruktion als die dogmatisch richtige Lösung erwiesen hat, ist der dort vollzogene Schritt zum öffentlichen Recht auch in Deutschland zu tun. Das Schweizer Beispiel hat gezeigt, daß die öffentlichrechtliche Behandlung der Subventionen durchaus zu praktikablen Ergebnissen führt¹⁾.

Wenn IPSEN²⁾ die unterschiedliche Behandlung der Subventionen in der Schweiz und in Deutschland damit zu rechtfertigen versucht, daß er "prinzipielle Struktureigenarten" des schweizerischen Rechtes annimmt, so kann ihm darin nicht gefolgt werden. Er leitet diese Ansicht aus der besonderen Regelung der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen im Schweizer Obligationenrecht her³⁾. Die besondere Behandlung einer solchen Spezialfrage kann aber nicht zum Anlaß dafür genommen werden, von "prinzipiellen Struktureigenarten" des schweizerischen Rechtes zu reden. Überdies geht aus den Ausführungen IPSENS zu diesem Punkt gar nicht klar hervor, worauf nun eigentlich die grundsätzliche Eigenart der Regelung der öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen im Schweizer Obligationenrecht beruhen soll, nachdem IPSEN⁴⁾ diese Sonderbehandlung gleichzeitig als "publizistisch beeinflusstes Sonderprivatrecht" und als Beispiel "spezifischer Formen öffentlichrechtlicher Beziehungen" bezeichnet.

Wenn IPSEN⁵⁾ weiter darlegt, daß in der Schweiz Theorie und Praxis eben "die Konsequenzen aus der öffentlichrechtlichen Natur der hoheitlichen Subventionsentscheidung in ganzer Breite gezogen haben", so fragt man sich nur, welcher Grund dafür gegeben sein soll, dies nicht auch in Deutschland zu tun. Die Scheinkonzeption des zweistufigen Rechtsverhältnisses⁶⁾ kann gewiß keinen Grund dafür bilden, zumal gerade Autoren, die für diese zweiteilige Konstruktion eintreten, davon sprechen, daß der Inhalt des "zivilrechtlichen Teiles" weitgehend publizistisch gestaltet und modifiziert, vielleicht sogar mit Ele-

1) Vgl. Schindler, a. a. O., S. 229ff.

2) Subv. S. 67 = DVBl 1956, 604 Fußn. 103.

3) Ipsen, ebenda.

4) Ebenda.

5) Ebenda.

6) Nach Imboden, a. a. O., S. 161f.

menten angefüllt wird, die atypisch sind für die fragliche zivilrechtliche Beziehung¹⁾. Das Naheliegendste wäre doch dann, von der zweiteiligen Konstruktion abzugehen und auch die Abwicklung der Subventionen - wie in der Schweiz - dem öffentlichen Recht zuzuordnen²⁾.

Subventionen mit Ausnahme der Bürgschafts- bzw. Refinanzierungsverhältnisse des subventionierenden Hoheitsträgers mit dem Gläubiger des Subventionsempfängers und "Übernahmeverträge" sind also ausschließlich aus öffentlichrechtlicher Sicht zu betrachten. Dies bringt gegenüber einer rein zivilrechtlichen Behandlung den Vorteil mit sich, daß die "Flucht aus der Hoheitsgewalt" verhindert wird, die beim wirtschaftsdirigierenden Staat in erheblichem Umfange festzustellen ist³⁾. Diese "Flucht aus der Hoheitsgewalt" gilt es deshalb zu verhindern, weil die Hoheitsträger gerne die Lenkungsfunktion ihres Handelns durch privatrechtliche Gestaltung verdecken⁴⁾ und sich so in weit größerem Maße einer Kontrolle entziehen, als es bei öffentlichrechtlichem Vorgehen möglich ist⁵⁾.

2. Anhang: Die Vorratshaltung der Einfuhr- und Vorratsstellen

Der Vollständigkeit halber soll nun noch kurz auf die Vorratshaltung der Einfuhr- und Vorratsstellen⁶⁾ eingegangen werden.

- 1) Ipsen, Subv. S. 66f = DVBl 1956, 604f, unter Bezugnahme auf Köttgen DVBl 1953, 490 ("Den Verträgen fehlt trotz weitgehend zivilrechtlicher Durchgestaltung nicht jeder publizistische Gehalt"); Siebert, a. a. O., S. 237ff.
- 2) Bei den "Übernahmeverträgen" wird dies ja bereits von Dönhoff, BB 1950, 830 und Beilage zum "Ernährungsdienst"; Huber DÖV 1956, 356; Ipsen, Konstruktionsfragen, S. 607 und vom BVerwG NJW 1958, 1107 = DÖV 1958, 419 (Urt. v. 7. 3. 1958) getan. Dem kann nur zugestimmt werden.
- 3) Naumann VVDStRL 11, 131.
- 4) Auf diese Verschleierung der Absichten des Hoheitsträgers durch die Verwendung der Formen des Privatrechtes weist vor allem Erler, Int. Wirtschaftsrecht, S. 34 hin.
- 5) Erler, ebenda, S. 179.
- 6) Sh. dazu oben S. 21 f.

Erwirbt eine Einfuhr- und Vorratsstelle Waren zum Zwecke der Vorratshaltung oder veräußert sie Nahrungsmittel aus ihrem Vorrat, so steht sie den Verkäufern bzw. den Käufern auf dem Boden der Gleichordnung gegenüber. Gegen die Einordnung der Vorratshaltung in den privatrechtlichen Bereich ist daher nichts einzuwenden¹⁾. Dabei sind auch die Auflagen nach § 8 Abs. 6 GetrG in zivilrechtliche Formen zu kleiden. Es ist nicht möglich, nach dem Vorschlag IPSENS²⁾ selbständige hoheitliche Maßnahmen zuzulassen, weil die Auflagen im öffentlichen Recht unselbständige Nebenbestimmungen von Verwaltungsakten darstellen³⁾.

Den Einfuhr- und Vorratsstellen ist es nicht verwehrt, die von einem Importeur übernommenen Nahrungsmittel zum Zwecke der Vorratshaltung einzubehalten⁴⁾. Der überflüssig komplizierten Konstruktion MODESTS⁵⁾, der ein "System des doppelten Vertrages" verfißt, bedarf es dabei nicht. Die Einfuhr- und Vorratsstelle muß nicht die Waren dem Importeur erst zurückübertragen, um ihm dabei die Auflage nach § 8 Abs. 5 GetrG zu machen, das Getreide wiederum der Einfuhr- und Vorratsstelle zu verkaufen. Die Einfuhr- und Vorratsstelle überträgt vielmehr die übernommene Ware, die sie für Vorratszwecke behalten will, dem Einführer gar nicht mehr zurück. Mit der Einbehaltung wird der öffentlichrechtliche Übernahmevorgang durch eine einseitige Anordnung abgeschlossen. Dieser Akt der Einbehaltung ist die einzige hoheitliche Entscheidung im Rahmen der Vorratshaltung, und dies auch nur deshalb, weil sie innerhalb des öffentlichrechtlichen Übernahmevorganges durch einseitige Anordnung ergeht.

1) Sh. oben S. 18.

2) Konstruktionsfragen, S. 600.

3) Forsthoff, Lb. S. 197; v. Turegg, a.a.O., S. 110.

4) Arendt, a.a.O., Erl. zu § 8 GetrG, ist der Ansicht, die Einfuhr- und Vorratsstelle müsse das übernommene Getreide dem Einführer zurückübertragen. Eine eigene kaufmännische Weiterverwertung finde in § 8 Abs. 3 GetrG keine Stütze. Bei der Vorratshaltung erfüllt die Einfuhr- und Vorratsstelle aber eine öffentliche Aufgabe. Das Einbehalten des Getreides zu diesem Zweck stellt keine kaufmännische Weiterverwertung dar. Eine Pflicht zur Rückübertragung kann daher nicht bestehen, soweit die Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide zum Zwecke der Vorratswirtschaft einbehält.

5) A.a.O., Anm. 33 zu § 8 GetrG.

VII. KAPITEL

Subventionen und "Übernahmeverträge" als öffentlichrechtliche Leistungsverhältnisse auf Grund Verwaltungsakts

Gelegentlich wird im Schrifttum für die Subventionen die Meinung vertreten, es handle sich um öffentlichrechtliche Verträge¹⁾. Dieser Meinung ist aber nicht zu folgen²⁾. Die Subventionen kommen in aller Regel durch einseitige Anordnung des Hoheitsträgers zustande³⁾. Bislang ist jedenfalls nicht ersichtlich, daß die öffentliche Hand dem Bürger einmal beim Eingehen eines Subventionsverhältnisses volle Gestaltungsfreiheit hinsichtlich des beabsichtigten Rechtsverhältnisses eingeräumt hätte. Damit fehlt das Wesenselement des Vertrages: die Koordination der Partner, das der öffentlichrechtliche Vertrag mit dem des Privatrechts gemeinsam hat⁴⁾.

Die Subventionen stellen vielmehr öffentlichrechtliche Leistungsverhältnisse dar⁵⁾, die durch Verwaltungsakt zustande kommen. Dasselbe gilt für die "Übernahmeverträge".

Sollte entgegen bisheriger Übung im Einzelfall einmal doch eine Subvention auf Grund freier Vereinbarung zwischen Subventionierendem und Subventionsempfänger zustande kommen⁶⁾, dann könnte ein öffentlichrechtlicher Vertrag

1) Imboden, a. a. O., S. 162 und 208 (der allerdings Ausnahmen zuläßt; Ipsen, Subv. S. 70 = DVBl 1956, 605 für die verlorenen Zuschüsse, sofern diese unter mitbestimmender inhaltlicher Ausgestaltung durch den Subventionsempfänger zustande kommen; Kistler, a. a. O., S. 71ff (ebenfalls mit Ausnahmen - vgl. S. 49 und S. 59 f -, denen er aber nur einen kleinen Anwendungsbereich beläßt); Schelcher Fischers Ztschft. S. 105f.

2) Ebenso die Schweizer Autoren Matti, a. a. O., S. 129; Osterwalder, a. a. O., S. 71; Schindler, a. a. O., S. 137. Annähernd auch Henze, a. a. O., S. 122f, allerdings nicht mit der erforderlichen Entschiedenheit.

3) Sh. oben S. 78 ff.

4) Dazu Forsthoff Lb. S. 253.

5) Die Verwendung des Begriffes "Verhältnis" befürwortet vor allem Scheuner DÖV 1957, 383. Auf diese Weise soll die allzu einseitige Abstellung auf den Verwaltungsakt vermieden werden. Der Begriff erlaube es, länger dauernde, beiderseits ausgewogene Dauerbeziehungen richtig zu erfassen.

6) Die Frage wird angeschnitten in dem Urteil des BVerwG vom 19.12.1958 (NJW 1959, 1098).

nur dort angenommen werden, wo der Hoheitsträger zu öffentlichrechtlichem Handeln verpflichtet ist. Nur dann hätte eine solche Vereinbarung hoheitsbezogenen Inhalt¹⁾. Andernfalls läge ein zivilrechtlicher Vertrag vor²⁾.

Privatrechtliches Handeln ist nur soweit zulässig, als das Rechtsverhältnis nicht seiner Natur nach privatrechtlicher Gestaltung entrückt ist³⁾. Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Juli 1958⁴⁾ kann die Erfüllung sozialstaatlicher Pflichten nicht mit den Mitteln des bürgerlichen Rechtes gelöst werden. Nach dieser Entscheidung enthält die Sozialstaatserklärung des

1) Vgl. Salzwedel, a. a. O., S. 102.

2) Ipsen, Subv. S. 70f = DVBl 1956, 605, lehnt dies bei den verlorenen Zuschüssen mit der Begründung ab, daß eine passende Rechtsform des Zivilrechts nicht zur Verfügung stehe.

Es ist richtig, daß die Schenkung, die allein ein vergleichbares Institut wäre, schon ihrer ratio nach nicht geeignet ist, für den verlorenen Zuschuß herangezogen zu werden, weil der Subventionierung durch verlorenen Zuschuß die Absicht und Funktion unentgeltlicher Zuwendung abgeht. Der Staat hat eben "nichts zu verschenken" (Ipsen, Subv. S. 70 = DVBl 1956, 605). Er will mit Hilfe des verlorenen Zuschusses ein bestimmtes Ziel, häufig wirtschaftslenkender Art, verwirklichen. Die Vorschriften über die Schenkung passen auch ihrem Wesen nach nicht auf den verlorenen Zuschuß. Insbesondere sind die §§ 528f BGB (Rückforderung wegen Bedürftigkeit des Schenkers) und die §§ 530ff BGB (Widerruf wegen groben Undanks) völlig ungeeignet. (So auch Henze, a. a. O., S. 121).

Die im Zivilrecht herrschende Privatautonomie erlaubt es jedoch, atypische Verträge zu schließen. Dies wird von Ipsen verkannt, wenn er im Falle freier Vereinbarung eine privatrechtliche Gestaltungsform für unmöglich hält.

Das BVerwG geht in seinem Urt. v. 19.12.1958 (NJW 1959, 1098) überhaupt nicht auf das Problem ein, ob bei Subventionen nicht auch einmal ein zivilrechtlicher Vertrag gegeben sein könnte, sondern unterstellt bei vertraglichen Subventionsvereinbarungen ohne weiteres deren öffentlichrechtlichen Charakter.

3) Vgl. Huber, Bd. I, S. 58.

4) Abgedruckt in NJW 1958, 2129.

Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) den Auftrag an den Staat als Hoheitsträger zur Herstellung und Wahrung sozialer Gerechtigkeit und zur Abhilfe sozialer Bedürftigkeit und erfordert die Erstreckung der Mittel staatlicher Machtausübung auf die Gewährung oder Verweigerung von Leistungen, die diesem Zwecke dienen. Das BVerwG, NJW 1958, 2129 nimmt dementsprechend bei den Subventionierungsmaßnahmen zur Lösung des Vertriebenen- und Flüchtlingsproblems an, daß der Staat nur in hoheitlichen Formen tätig werden kann.

Subventioniert ein Hoheitsträger nicht in Erfüllung sozialstaatlicher Pflichten, sondern aus anderen Gründen, so vor allem zum Zwecke der Wirtschaftsförderung, dann ist grundsätzlich zwar öffentlichrechtliches Handeln nicht geboten, ein Ausweichen in privatrechtliche Formen zum Zwecke der Umgehung öffentlichrechtlicher Bindungen aber unzulässig¹⁾. Privatrechtliches Handeln ist auch dann ausgeschlossen, wenn ständige Übung der Verwaltung eine Selbstbindung geschaffen hat²⁾, die es ihr verbietet, entgegen bisheriger Praxis die Subventionen in privatrechtlichen Formen zu gewähren.

Da nach Vorstehendem im allgemeinen kein öffentlichrechtlicher Vertrag vorliegt, scheidet auch die Möglichkeit aus, Streitigkeiten aus Subventionsverhältnissen vor die Verwaltungsgerichte als Parteistreitigkeiten zu bringen, da diese Gleichordnung der Partner voraussetzen³⁾. Es ist vielmehr stets die Anfechtungsklage gegeben, da bei öffentlichrechtlichen Leistungsverhältnissen auf Grund Verwaltungsakts nicht nur der begründende Akt, sondern auch die im Rahmen des bereits bestehenden Rechtsverhältnisses gefällten rechtserheblichen Entscheidungen des Hoheitsträgers Verwaltungsakte sind. Auf diese Verwaltungsakte finden die allgemeinen Regeln Anwendung.

Der Importeur hat kein Recht darauf, daß die Einfuhrstelle die Nahrungsmittel übernimmt, die er einzuführen beabsichtigt; denn die Übernahme steht im pflichtgemäßen Ermessen der Einfuhrstelle⁴⁾. Er hat lediglich ein Recht

1) Forsthoff Lb. S. 88.

2) Vgl. dazu Forsthoff Lb. S. 85; ferner OVG Münster JZ 1951, 119 (Bescheid v. 17.10.1950) m. zust. Anm. Bachof.

3) Dies ist ausdrücklich in § 85 VGG verankert.

4) Dies geht aus der gesetzlichen Regelung hervor. Ipsen, Konstruktionsfragen, S. 604, meint dasselbe, wenn er von der Verfügungsbefugnis der Einfuhrstelle spricht.

auf fehlerfreie Handhabung des Ermessens¹⁾.

Bei den Subventionen gibt es durchaus Fälle, in denen dem Staatsbürger ein Recht auf Subventionierung eingeräumt ist²⁾, nämlich dann, wenn die gesetzlichen Vorschriften die Pflicht zur Gewährung festlegen oder die Voraussetzungen der Gewährung genau umreißen³⁾. Häufiger aber ist die Subventionierung in das Ermessen der subventionierenden Behörde gestellt⁴⁾. Das Ermessen kann dabei allerdings durch unbestimmte Rechtsbegriffe eingeengt sein⁵⁾. Hier steht dem Bürger wiederum nur ein Recht auf fehlerfreie Handhabung des Ermessens zu⁶⁾. Hat die Subventionsverwaltung jedoch einmal die Subventionierung zugesagt, dann besteht ein Anspruch auf Gewährung⁷⁾.

1) Für das Bestehen eines solchen Rechtes Bachof SJZ 1948, Spalte 742 und Verwaltungsgerichtliche Klage, S. 69; Haueisen DVBl 1952, 522ff und NJW 1954, 418; Jellinek, a. a. O., S. 211; Landmann - Giers - Proksch, a. a. O., S. 47f; BayVGH BayBgmstr. 1950, 284 (Urt. v. 1. 3. 1950); BayVGH DÖV 1952, 598 (Urt. v. 17. 1. 1952).

2) Ipsen, Subv. S. 76f = DVBl 1956, 607.

3) Ipsen, ebenda.

Henze, a. a. O., S. 69f, nimmt bei den Gasölbetriebsbeihilfen für die Schifffahrt auf Grund der DieselkraftstoffVO See-, Küsten-, Binnenschifffahrt v. 6. 6. 1951 (BGBl I S. 375) wegen der genau bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Gewährung an, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, auch wenn die Verordnung die Gewährung des verlorenen Zuschusses in die Form einer Kannbestimmung kleidet.

4) Ipsen, Subv. S. 76 = DVBl 1956, 607; Ule, Staatszeitung für Rheinland - Pfalz 1954, Beilage 2. Für die Bürgschaften nach dem 2. WoBauG Ehrenfort, a. a. O., Erl. 3 zu § 24 des 2. WoBauG.

5) Dazu Ehlers NJW 1956, 1380.

6) So BVerwG NJW 1956, 1170 Nr. 29 (Urt. v. 24. 2. 1956) und Nr. 30 (Urt. v. 16. 2. 1956); NJW 1958, 2129 (Urt. v. 23. 7. 1958); OVG Berlin JR 1955, 75 (Urt. v. 9. 11. 1954).

Klagebefugnis steht dabei nur demjenigen zu, dem eine Subvention versagt wurde, nicht aber dem, dessen wirtschaftliche Interessen durch die Zubilligung einer Subvention an einen anderen berührt werden (Ule, Staatszeitung für Rheinland - Pfalz 1954, Beilage 2).

7) So zutreffend Matti, a. a. O., S. 129.

Die weitere Ausgestaltung der Subventionen und "Übernahmeverträge" als öffentlichrechtliche Leistungsverhältnisse auf Grund Verwaltungsakts ergibt sich aus der Gegenüberstellung dieser Rechtsform und der gemischten Konstruktionen in praktischer Hinsicht im nächsten Kapitel.

VIII. KAPITEL

Vorzüge der rein öffentlichrechtlichen Lösung gegenüber den gemischten Rechtsverhältnissen

Teil A: Allgemeines

Ohne Rücksicht darauf, daß die dogmatischen Überlegungen für eine rein öffentlichrechtliche Betrachtungsweise bei Subventionen und "Übernahmeverträgen" sprechen, wird das gemischte Rechtsverhältnis aus Zweckmäßigkeitsgründen verwendet¹⁾. Der hoheitliche Bestandteil soll den Rechtsschutz für den Bürger ermöglichen²⁾. Er soll ferner zur Sicherung einer Stelle dienen, "an der die wesentlich staatlichen Überlegungen stattzufinden haben, die bestimmenden Einfluß auf das Privatrechtsgeschäft gewinnen sollen"³⁾. Das bürgerlichrechtliche Element soll die Verwaltung durch die damit verbundene Liberalisierung begünstigen und ihr ein ausgeformtes System von Rechten und Pflichten zur Verfügung stellen, das die Verwirklichung ihrer Anliegen erleichtert⁴⁾.

Weshalb die staatliche Stelle, welche die von KRÜGER privatrechtlich angesehene Willenserklärung abgibt, nicht auch alle wesentlichen staatlichen Überlegungen anstellen kann, ist unerfindlich⁵⁾, ganz abgesehen davon, daß häufig nicht zwei gesonderte Willenserklärungen vorliegen⁶⁾.

Aber auch die Gründe, die für die Zweckmäßigkeit der gemischten Konstruktion im übrigen angeführt werden, sind nicht zwingend.

Zweckmäßigkeitserwägungen sprechen vielmehr sogar gegen die gemischten Konstruktionen⁷⁾: Vom Standpunkt des Staatsbürgers aus gesehen bringt die größere "Liberalisierung" des Hoheitsträgers beim privatrechtlichen Teil des Rechtsverhältnisses eine Beeinträchtigung des Rechtsschutzes mit sich⁸⁾, die ge-

1) Vgl. Ipsen VerwArch Bd. 50 (1959) S. 94.

2) Krüger DVBl 1955, 385; Ipsen, Rechtsgutachten, S. 14.

3) Krüger, ebenda.

4) Siebert, a. a. O., S. 245ff.

5) In diesem Sinne auch Flessa DVBl 1957, 120.

6) Flessa DVBl 1957, 83 und 120.

7) Imboden, a. a. O., S. 160, bezeichnet zu Recht die Zweistufigkeitslehre als eine kaum den praktischen Gegebenheiten konforme begriffliche Konstruktion. Vgl. auch Clasen DÖV 1959, 281.

8) Bachof VVDStRL 12, 55ff. (Naumann VVDStRL 11, 131 spricht von einer "Flucht aus dem öffentlichen Recht"). Vgl. auch Flessa DÖV 1959, 106.

rade vermieden werden sollte. Vom Standpunkt des Hoheitsträgers aus gesehen, erschwert die gemischte Konstruktion die Verwirklichung des öffentlichen Interesses. Zwar ist einzuräumen, daß das bürgerliche Recht ein ausgeformtes System von Rechten und Pflichten aufweist, die Verschränkung von öffentlichem und privatem Recht bringt aber eine so weitgehende Komplizierung mit sich¹⁾, daß dem Hoheitsträger mit dem privatrechtlichen Element nicht gedient ist. Vor allem ergeben sich große Schwierigkeiten bei der Frage, welche Teile des Rechtsverhältnisses dem öffentlichen Recht und welche dem Privatrecht zuzuordnen sind, wie man also die beiden Rechtsgebiete gegeneinander abzugrenzen hat. Diese Kompliziertheit der Regelung erschwert unnötigerweise die praktische Durchführung der Aufgaben der öffentlichen Verwaltung. Sie ist auch vom Standpunkt der Rechtswissenschaft aus keineswegs zu begrüßen, da eine einfache und klare Regelung immer einer komplizierten vorzuziehen ist.

Im folgenden sollen nun diese Gegenargumente gegen die gemischten Konstruktionen aus praktischen Gesichtspunkten im einzelnen dargestellt werden.

Teil B: Gegenüberstellung im einzelnen

1. Mängel bei der Begründung des Rechtsverhältnisses

a) Nichtigkeit des begründenden Verwaltungsaktes:

Bei den gemischten Konstruktionen werden die Rechtsbeziehungen zwischen Subventionsempfänger und Subventionierendem bzw. zwischen Importeur und Einfuhrstelle durch einen Verwaltungsakt begründet. Dieser Verwaltungsakt kann nun nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen nichtig sein²⁾. Ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis ist in diesem Falle nie entstanden. Es erhebt sich nur die Frage, wie sich die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes auf das bürgerlichrechtliche Schuldverhältnis auswirkt.

Nach der Theorie des BGHZ 20, 77 kann auch kein bürgerlichrechtliches Schuldverhältnis gültig zustande gekommen sein, weil ein wirksamer Begründungsakt fehlt. Eventuell hingegebene Darlehens- oder Zuschußbeträge könn-

1) Dies muß Ipsen selbst zugeben (Subv. S. 85 = DVBl 1956, 609).

2) Vgl. die bei v. Turegg, a. a. O., S. 124ff, aufgezählten Fälle.

ten als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden.

Bei den Konstruktionen von IPSEN und HAMANN ist die Situation wesentlich schwieriger. IPSEN¹⁾ meint, der Vertrag zweiter Stufe könne bei Nichtigkeit des Verwaltungsaktes keine Wirksamkeit äußern; er müsse ebenfalls als von Beginn an unwirksam angesehen werden²⁾. Zivilrechtlicher "Kündigung" des Vertrages oder entsprechender Gestaltung bedürfe es nicht.

SIEBERT³⁾ hält eine nähere Prüfung für nötig, betont aber auch, daß das privatrechtliche Subventionsverhältnis nicht voll wirksam bleiben könne, wenn sich die öffentlichrechtliche Zulassung als unwirksam erweise.

DICKMANN⁴⁾ und MODEST⁵⁾ arbeiten hingegen mit dem Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage⁶⁾. Danach bedarf es im allgemeinen erst einer rechtsgestaltenden Erklärung einer Partei zur Auflösung des Vertrages⁷⁾.

Die Ansicht IPSENS und SIEBERTS findet im Zivilrecht keine Stütze. Ein Grund, der zur Unwirksamkeit des zivilrechtlichen "Erfüllungsgeschäftes" führen könnte, ist nicht vorhanden⁸⁾. Eine Lösung ließe sich nur mit Hilfe der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage finden.

Bei Bürgschaften und Refinanzierungen kann dies aber nicht gelten: Das Rechtsverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner, auf Grund dessen die Bürgenverpflichtung übernommen wird (hier der Verwaltungsakt der Bewilligung), berührt

1) Subv. S. 87 = DVBl 1956, 609.

2) Ipsen wendet sich gegen eine Anwendung des Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (Subv. S. 90 = DVBl 1956, 610). Nur bei beiderseitigem Irrtum über die Subventionsvoraussetzungen will er es zulassen (ebenda, Fußn. 137).

3) A. a. O., S. 237.

4) DÖV 1957, 282.

5) A. a. O., Anm. 13 zu § 8 GetrG.

6) In diesem Sinne sind wohl auch die Ausführungen von Fischer - Dieskau - Pergande - Schwender, a. a. O., Anm. 14 zu § 42 des 2. WoBauG zu verstehen. Zu dem Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sh. Larenz, "Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung".

7) Larenz, ebenda, S. 186.

8) Solche Gründe wären Dissens, Formmangel, Scheingeschäft (§ 117 BGB), Mangel der Ernstlichkeit (§ 118 BGB), Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB).

den Bestand der Bürgschaft nicht¹⁾. Ebenso wenig ist das Rechtsverhältnis des privaten Kreditgebers zum refinanzierenden Hoheitsträger in seinem Bestand von dem Rechtsverhältnis des Hoheitsträgers zum Empfänger der Refinanzierungszusage abhängig, wenn zwischen Hoheitsträger und privatem Kreditgeber nichts anderes vereinbart wurde.

Nach der rein öffentlichrechtlichen Theorie ist ein gültiges Rechtsverhältnis bei Nichtigkeit des begründenden Verwaltungsaktes nicht entstanden. Ein eventuell mit dem Gläubiger eines Subventionierten eingegangener Bürgschafts- oder Refinanzierungsvertrag bleibt wirksam. Insoweit gilt das bei den gemischten Theorien Ausgeführte. Geleistete Beträge (z.B. hingegebene verlorene Zuschüsse oder Darlehenssummen) können auf Grund öffentlichrechtlichen Erstattungsanspruches²⁾ zurückgefordert werden. Es bedarf keiner rechtsgestaltenden Erklärung eines Beteiligten.

Die rein öffentlichrechtliche Theorie hat somit bei Nichtigkeit des begründenden Verwaltungsaktes zumindest gegenüber den Theorien IPSENS und HARMANN den Vorzug einer einfachen und klaren Lösung.

b) Sonstige Mängel des begründenden Verwaltungsaktes:

Ein Verwaltungsakt kann auch mit Fehlern behaftet sein, die nicht zur Nichtigkeit führen, sondern nur die Aufhebbarkeit³⁾ dieses Verwaltungsaktes zur Folge haben⁴⁾. Die Vermutung spricht sogar für bloße Aufhebbarkeit⁵⁾. Dem Staatsbürger ist dann die Möglichkeit eingeräumt, den Verwaltungsakt anzufechten. Für den Hoheitsträger ergibt sich die Möglichkeit der Rücknahme. Wegen Anfechtung und Rücknahme sei auf die Ausführungen weiter unten⁶⁾ verwiesen.

1) Enneccerus - Lehmann, a. a. O., S. 760. Dieser Grundsatz ist selbstverständlich auch für die Bürgschaften zu Subventionszwecken gültig (Ipsen, Subv. S. 88 = DVBl 1956, 610, Fußn. 132; Henze, a. a. O., S. 77). Eine Ausnahme ist nur für den Fall der Kollusion zwischen Kreditnehmer und Gläubiger zu machen (Henze, ebenda), was sich aus § 826 BGB herleiten läßt.

2) BVerwG NJW 1958, 1109 = DÖV 1958, 421 (Urt. v. 7. 3. 1958).

3) Nach ForsthoFF Lb. S. 200f.

4) Vgl. die bei Wolff Lb. S. 248f. aufgezählten Fälle.

5) PrOVG Bd. 97 S. 95 (Urt. v. 14. 10. 1935).

6) Sh. S.

c) Mängel bei Abschluß des "Erfüllungsgeschäftes":

Abgesehen von den Bürgschaften und den Refinanzierungsdarlehen, bei denen nach jeder Theorie ein privatrechtlicher Vertrag mit dem Gläubiger des Subventionierten nötig ist, stellt sich die Frage nach Mängeln bei Abschluß des zivilrechtlichen "Erfüllungsgeschäftes" nur, wenn man den Theorien IPSENS und HAMANNS folgt.

In erster Linie sind hier die Willensmängel zu berücksichtigen. Es kann Dissens oder zur Anfechtung berechtigender Irrtum vorliegen (§§ 119ff BGB). Der Staatsbürger kann geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig sein. Auch bei der für den Hoheitsträger handelnden Person kann das der Fall sein.

Das "Erfüllungsgeschäft" ist bei Dissens oder Geschäftsunfähigkeit eines Partners endgültig oder bei beschränkter Geschäftsfähigkeit schwebend unwirksam. Ist der Vertreter des Hoheitsträgers allerdings nur beschränkt geschäftsfähig, dann berührt das nach § 165 BGB die Gültigkeit des Geschäftes nicht. Bei Irrtum kann es mit rückwirkender Kraft vernichtet werden.

Es ist nicht einzusehen, warum die Gültigkeit eines Geschäftes, das doch nur dem Vollzug des vorhergehenden Verwaltungsaktes dienen soll, durch solche Mängel beeinträchtigt werden soll. Wenn man aber ein "Erfüllungsgeschäft" zivilrechtlicher Natur konstruiert, dann müssen notwendigerweise diese Mängel gemäß den zivilrechtlichen Vorschriften erheblich sein¹⁾.

Lediglich bei Bürgschafts- und Refinanzierungsverträgen mit dem Gläubiger des Subventionierten ist ein Grund für die Beachtlichkeit von Willensmängeln vorhanden; denn diese sind nicht bloße Vollzugsgeschäfte, sondern begründen ein vom Verwaltungsakt des Hoheitsträgers gegenüber dem Subventionierten in seinem Bestand unabhängiges Rechtsverhältnis mit einem Dritten.

Hier taucht nun die Frage auf, was geschieht, wenn zwar ein gültiger Verwaltungsakt erlassen worden ist, ein wirksames "Erfüllungsgeschäft" aber fehlt.

SIEBERT²⁾ meint, die öffentlichrechtliche Gewährung gebe vielfach nach ausdrücklicher Vorschrift keinen Erfüllungsanspruch. Es läßt sich aber nirgends eine Vorschrift dieses Inhalts finden. Was sollte auch dann der vorgeschaltete Verwaltungsakt überhaupt für einen Sinn haben?

1) So auch Siebert, a. a. O., S. 240.

2) Ebenda, S. 237.

Nach FISCHER-DIESKAU - PERGANDE - SCHWENDER¹⁾, HENZE²⁾ und IPSEN³⁾ besteht ein Anspruch auf Abschluß des "Erfüllungsvertrages" auf Grund der Subventionsbewilligung. Es kann sich dabei nur um einen privatrechtlichen Anspruch auf Abschluß eines Vertrages auf Grund Kontrahierungszwanges handeln⁴⁾, wobei der bewilligende Verwaltungsakt den Kontrahierungszwang statuiert⁵⁾.

Es ist schon zweifelhaft, ob ein Verwaltungsakt überhaupt einen Kontrahierungszwang festsetzen kann, auf jeden Fall kann dieser Verwaltungsakt nur auf Grund einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung ergehen, weil Kontrahierungszwang auf einer Rechtsnorm beruhen muß⁶⁾. Da eine ausdrückliche ermächtigende Norm fehlt, könnte der Kontrahierungszwang höchstens aus § 826 BGB hergeleitet werden⁷⁾, ein unbefriedigendes Ergebnis, ganz abgesehen von der Umständlichkeit des Verfahrens.

Bei Bürgschaften und Refinanzierungszusagen kann man nun aber mit Kontrahierungszwang auch nicht arbeiten⁸⁾; denn dem Gläubiger gegenüber besteht eine Pflicht zum Abschlusse eines Vertrages nicht. Er kann also nicht vor dem ordentlichen Gericht auf Eingehen eines Bürgschafts- bzw. Refinanzierungsvertrages klagen. Die Pflicht zum Abschlusse des Bürgschafts- bzw. Refinanzierungsvertrages obliegt dem Hoheitsträger nur dem begünstigten Bürger (Schuldner) gegenüber. Das Problem ist nun, wie der Bürger den Staat anhalten kann, seiner Pflicht nachzukommen. Hier muß eine Rechtswegfrage vorweggenommen werden. Im Wege der Vornahmeklage kann der Bürger sein Recht nicht durchsetzen, da vom Hoheitsträger kein öffentlichrechtliches Handeln verlangt wird. Mit einer Feststellungsklage vor dem Verwaltungsgericht, wie sie HENZE⁹⁾ befürwortet, ist dem Bürger nicht gedient, weil auf

1) A. a. O., Anm. 14 zu § 42 des 2. WoBauG.

2) A. a. O., S. 92.

3) Subv. S. 77 = DVBl 1956, 607.

4) In diesem Sinne Ipsen, Subv. S. 94f = DVBl 1956, 611.

Vgl. auch Bartholomeyczik, a. a. O., Anm. 4 zu § 6 EnWG und oben, S. 57 f.

A. A. Henze, a. a. O., S. 92.

5) Ebenso Flessa DVBl 1957, 121.

6) Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 7.

7) Vgl. Nipperdey, ebenda, S. 54.

8) Vgl. zu der Rechtslage bei Refinanzierungszusagen auch Flessa NJW 1959, 403f.

9) A. a. O., S. 105.

diese Weise der Verpflichtete nicht zum Handeln gezwungen werden kann. Eine Klage vor dem ordentlichen Gericht, wie sie gegeben wäre, wenn das Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Hoheitsträger bürgerlichrechtlicher Art wäre, scheidet aus, da dieses Rechtsverhältnis öffentlichrechtlich zu qualifizieren ist. Da es aber nicht angeht, den Bürger ohne Rechtsschutz zu lassen, bleibt nur die Möglichkeit der subsidiären Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach Art. 19 Abs. 4 GG. Der Staatsbürger muß demzufolge vor den ordentlichen Gerichten erwirken können, daß der Hoheitsträger seine öffentlichrechtlich gegebene Zusage wahrmacht, zugunsten des Bürgers einen Bürgschafts- bzw. Refinanzierungsvertrag mit dessen Gläubiger abzuschließen.

Die aufgezeigte Problematik der Subventionierung in Form von Bürgschaften und Refinanzierungszusagen ergibt sich bei den gemischten Theorien ebenso wie bei der rein öffentlichrechtlichen Theorie. Ebenso verhält es sich bei der Erheblichkeit von Willensmängeln des Staatsbürgers bei der Mitwirkung am begründenden Verwaltungsakt¹⁾.

Im übrigen aber spielen Willensmängel bei der rein öffentlichrechtlichen Theorie keine Rolle, da ein privatrechtliches "Erfüllungsgeschäft" nicht vorhanden ist, und Willensmängel des Hoheitsträgers beim Verwaltungsakt keine Fehlerquellen sind, sofern nicht inhaltliche Mängel anderer Art hinzutreten²⁾. Die Erheblichkeit der Willensmängel beim "Erfüllungsgeschäft" nach den Theorien HAMANNS und IPSENS erschwert unnötigerweise die Durchsetzung des öffentlichen Interesses. Dem Staatsbürger wird dadurch nichts gewonnen, im Gegenteil, er kann nur auf unbefriedigende und umständliche Weise Rechtsschutz erlangen.

2. Auflösung des Rechtsverhältnisses

a) Anfechtung des begründenden Verwaltungsaktes:

Ist der begründende Verwaltungsakt aufhebbar, dann kann ihn der betroffene Staatsbürger anfechten. Die Folge ist, daß der Verwaltungsakt vom Verwaltungsgericht mit Wirkung ex tunc aufgehoben wird. Dies wird aber nur praktisch, wenn der Verwaltungsakt den Bürger belastete, insbesondere seinen Antrag auf Übernahme der Importgüter bzw. auf Subventionierung ablehnte. In

1) Dazu Küchenhoff BayVerwBl 1958, 325.

2) Forsthoff Lb. S. 221ff.

letzterem Fall ergeben sich keine Zweifelsfragen, weil hier auch bei den gemischten Theorien das Ganze sich nur im Bereich des öffentlichen Rechtes abspielt¹⁾. Anders verhält es sich, wenn der Verwaltungsakt zwar dem Antrag des Staatsbürgers stattgibt, aber unzulässige Belastungen für den Bürger enthält. Bei den gemischten Konstruktionen kann dann ein bürgerlichrechtliches Verhältnis entstanden sein, und es ist zu erörtern, was nach erfolgreicher Anfechtung mit diesem Rechtsverhältnis geschieht. Die Situation kann jedoch nach dem rückwirkenden Wegfall des begründenden Verwaltungsaktes nicht anders sein als bei dessen Nichtigkeit. Insoweit sei auf das zur Nichtigkeit Ausgeführte verwiesen²⁾.

b) Rücknahme des begründenden Verwaltungsaktes:

Bei Aufhebung des Verwaltungsaktes im Wege der Rücknahme³⁾ des fehlerhaften Verwaltungsaktes ist die Lage nur dann ebenso, wenn der Rücknahme rückwirkende Kraft zuzuerkennen ist. Die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes hat jedoch dann keine rückwirkende Kraft, wenn der Vertrauensschutz für den Bürger dies erfordert⁴⁾. Dies gilt vor allem, wenn die Verwaltung den Fehler selbst verschuldet hat⁵⁾. Der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes kann sogar so schwerwiegend sein, daß er die Rücknahme des begünstigenden Verwaltungsaktes überhaupt verbietet⁶⁾.

Die Rücknahme mit der Wirkung ex nunc kann bei den gemischten Rechtsverhältnissen nicht zur Folge haben, daß das wirksam begründete bürgerlichrechtliche Rechtsverhältnis aufgelöst wird, da der Rücknahme privatrechtsgestaltende Wirkung nicht zukommt. Die Lösung des privatrechtlichen Rechtsverhältnisses ist hier bei sämtlichen gemischten Theorien nur mit Hilfe des Instituts

1) Ipsen, Subv. S. 63 = DVBl 1956, 603.

2) Sh. oben S. 93 ff.

3) Terminologie nach Haueisen NJW 1954, 1425; anders Schütz DÖV 1958, 449; dagegen mit guten Gründen wieder Haueisen NJW 1958, 1661.

4) Haueisen NJW 1954, 1428.

5) Haueisen, ebenda, ferner DÖV 1959, 6.

6) Haueisen, ebenda;

BVerwG DÖV 1958, 178 (Urt. v. 25.10.1957).

des Wegfalls der Geschäftsgrundlage möglich¹⁾. Es sind daher im allgemeinen zwei Rechtsakte der Verwaltung nötig: die Rücknahme des fehlerhaften begünstigenden Verwaltungsaktes und die Auflösung des bürgerlichrechtlichen Rechtsverhältnisses²⁾.

Die Notwendigkeit zweier Rechtsakte ergibt sich bei der rein öffentlichrechtlichen Konstruktion nicht. Durch die Rücknahme wird das öffentlichrechtliche Rechtsverhältnis aufgehoben.

c) Widerruf des begründenden Verwaltungsaktes:

Unter Widerruf ist die nachträgliche Aufhebung eines fehlerfreien Verwaltungsaktes durch die Verwaltung zu verstehen³⁾. Belastende Verwaltungsakte sind im allgemeinen frei widerrufbar⁴⁾. Dies ist für die Ablehnung der Übernahme von Importgütern durch die Einfuhrstelle bzw. die Ablehnung der Subventionierung durch die Subventionsverwaltung wesentlich. Unterschiede zwischen den gemischten Konstruktionen und der rein öffentlichrechtlichen Theorie ergeben sich hierbei nicht.

Begünstigende Verwaltungsakte, wie sie der Akt der Übernahme und der der Subventionsbewilligung darstellen⁵⁾, sind grundsätzlich nicht widerrufbar⁶⁾.

Nach HAUEISEN⁷⁾ ist der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte ausnahmsweise zulässig,

- a) wenn der Widerruf für den Eintritt gewisser Umstände vom Gesetz selbst vorgesehen ist⁸⁾;
- b) wenn der Widerruf bei Erlass des Verwaltungsaktes vorbehalten worden ist, und die Ausübung dieses Widerrufs nicht dem pflichtmäßigen Ermessen einer verantwortungsbewußt handelnden Verwaltung widerspricht;

1) Beim Subventionsdarlehen käme auch Kündigung (soweit nicht besondere Kündigungsgründe vereinbart sind, allerdings nur unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist) in Frage.

2) Vgl. oben S. 94.

3) Nach Haueisen NJW 1955, 1457; anders wiederum Schütz DÖV 1958, 449.

4) Haueisen, ebenda.

5) So z.B. Fischer-Dieskau - Pergande - Schwender, a.a.O., Anm. 14 zu § 42 des 2. WoBauG für Darlehen, Zuschüsse und Bürgschaften nach dem 2. WoBauG.

6) Fischer-Dieskau - Pergande - Schwender, ebenda; Haueisen NJW 1955, 1459; BVerwG NJW 1959, 1098 (Urt. v. 19.12.1958).

7) NJW 1955, 1460.

8) Vgl. z.B. § 5 Abs. 1 Gasöl - Betriebsbeihilfe VO - Landwirtschaft.

- c) wenn eine Auflage nicht erfüllt wird¹⁾;
- d) wenn der Widerruf zwar bei Erlaß des Verwaltungsaktes nicht ausdrücklich vorbehalten wurde, der Begünstigte aber noch nicht begonnen hat, ihn "auszuwerten" oder zu verwirklichen, und überwiegende öffentliche Interessen den Widerruf erfordern;
- e) wenn die Zustimmung des Betroffenen vorliegt, sofern dieser rechtliche Bedeutung zukommt. (Das ist der Fall, wenn ein Verwaltungsakt auf Antrag und vorwiegend im Interesse des Antragstellers erlassen worden ist, so daß sowohl die Übernahme als auch die Subventionierung hierher zu zählen sind.)

Der Widerruf wirkt im Zweifel nur für die Zukunft²⁾.

Wird der Widerruf der Übernahme bzw. der Subventionsbewilligung aus einem der angeführten Gründe zulässigerweise vorgenommen, dann ist bei den gemischten Konstruktionen das privatrechtliche Rechtsverhältnis damit noch nicht aufgelöst. Dazu bedarf es wie bei der ex nunc wirkenden Rücknahme noch einer Lossagung der Verwaltung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder einer Kündigung.

Bei der rein öffentlichrechtlichen Konstruktion genügt hier wiederum nur eine Erklärung, nämlich der Widerruf, zur Auflösung des gesamten Rechtsverhältnisses.

Wenn die Zustimmung des Betroffenen vorliegt, könnte man allerdings bei den gemischten Konstruktionen einen bürgerlichrechtlichen Aufhebungsvertrag annehmen, der das Schuldverhältnis erlöschen läßt. Dann würde eine Erklärung des Hoheitsträgers ausreichen. Der Verwaltungsakt wäre in diesem Falle gegenstandslos.

d) Erfüllung :

Die Erfüllung der aus dem Rechtsverhältnis erwachsenden Pflichten des Hoheitsträgers und des Staatsbürgers ergibt bei gemischten Konstruktionen und bei der rein öffentlichrechtlichen Theorie keinen Unterschied. Warum HA-MANN³⁾ gerade an der "Zahlung" nach § 362 BGB zeigen will, daß öffentlichrechtliche und privatrechtliche Rechtsbeziehungen nebeneinander herlaufen, ist nicht recht klar.

1) A. A. mit nicht überzeugender Begründung Krüger DVBl 1955, 457.

2) Haueisen NJW 1955, 1460; Ipsen, Widerruf, S. 180.

3) BB 1953, 865.

Von den Erfüllungssurrogaten sind Aufrechnung und Erlaß hier von Bedeutung.

Eine Aufrechnung des Empfängers eines Aufbauhilfedarlehens aus Mitteln des Soforthilfefonds gegen den Anspruch der das Darlehen verwaltenden Bank auf Rückzahlung mit Forderungen, die dem Darlehensnehmer gegen die Bank zu stehen, ist nach BGH NJW 1957, 1759¹⁾ auf Grund stillschweigender Vereinbarung unzulässig, weil die Darlehensmittel dem mit der Gewährung von Aufbauhilfe verfolgten Förderungszweck erhalten bleiben sollen. Die Annahme eines stillschweigenden Aufrechnungsausschlusses erscheint aber etwas gewaltsam. Selbst wenn die Beteiligten bei Abschluß des Vertrages an eine Aufrechnung nicht gedacht haben, will der Bundesgerichtshof im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu einem Aufrechnungsverbot kommen.

Nach der rein öffentlichrechtlichen Theorie läßt sich ein Aufrechnungsausschluß aus dem Wesen des öffentlichrechtlichen Darlehens begründen²⁾, ohne daß es eines stillschweigenden Aufrechnungsverbotes oder gar einer ergänzenden Vertragsauslegung bedarf.

Gesetzliche Regelungen sehen bisweilen vor, daß Subventionskredite nachträglich in verlorene Zuschüsse umgewandelt werden³⁾. Nach den Theorien, die ein gemischtes Rechtsverhältnis annehmen, kann diese Umwandlung nur als Erlaß der bürgerlichrechtlichen Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers nach § 607 BGB aufgefaßt werden.⁴⁾ Dieser Erlaß bezieht sich im Gegensatz zum Aufhebungsvertrag, der das ganze Rechtsverhältnis betrifft⁵⁾, nur auf die Rückzahlungspflicht. (Infolge ihres Erlöschens kann allerdings das gesamte Rechtsverhältnis beendet werden.) Zum Abschluß bedarf es aber ebenfalls eines Vertrages⁶⁾. Ein einseitiger Verzicht des Hoheitsträgers ist daher wirkungslos⁷⁾.

Die Umwandlung, die im öffentlichen Interesse geschieht, muß jedoch unabhängig vom Willen des Begünstigten möglich sein. Dem wird allein die rein

1) Urt. v. 19.9.1957.

2) Wenn die Natur einer öffentlichrechtlichen Forderung der Aufrechnung entgegensteht, ist diese unzulässig (BVerwG DÖV 1958, 420, Urt. v. 7.3.1958).

3) Z.B. § 7 des G über Schiffsbaudarlehen v. 27.9.1950 (BGBl I S. 684).

4) Sh. § 397 BGB.

5) Enneccerus - Lehmann, a.a.O., S. 285.

6) § 397 BGB.

7) Enneccerus - Lehmann, a.a.O., S. 284.

öffentlichrechtliche Theorie gerecht, da der Verzicht im öffentlichen Recht ein einseitiger Akt der Verwaltung ist¹⁾. Eines Erlaßvertrages bedarf es nicht.

Die bei den gemischten Theorien einzig mögliche Deutung der Umwandlung als bürgerlichrechtlicher Erlaßvertrag führt darüber hinaus zu dem sonderbaren Ergebnis, daß dieser bürgerlichrechtliche Vertrag bewirkt, daß aus einem gemischten Rechtsinstitut ein rein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis wird, wenn man mit IPSEN²⁾ den verlorenen Zuschuß einheitlich dem öffentlichen Recht zuordnet.

e) Kündigung:

Das BGB sieht für das Darlehen die Möglichkeit der Kündigung vor³⁾. Sofern nichts anderes vereinbart ist⁴⁾, sind die gesetzlichen Kündigungsfristen einzuhalten⁵⁾. Die Kündigung beendet das Schuldverhältnis für die Zukunft⁶⁾.

Nach der Theorie HAMANNS würde die Kündigung auch die öffentlichrechtlichen Rechtsbeziehungen, die danach neben dem privatrechtlichen "Erfüllungsgeschäft" fortbestehen sollen⁷⁾, zu Ende bringen, es sei denn, die Kündigung dient lediglich der Durchführung eines bereits erfolgten Widerrufs bzw. einer Rücknahme im privatrechtlichen Bereich.

Legt man der Kündigung einen Doppelcharakter bei, rechnet man sie also sowohl zum Privatrecht als auch zum öffentlichen Recht⁸⁾, so ist die Auswirkung auf das öffentlichrechtliche Rechtsverhältnis verständlich. Dennoch ist diesem Vorschlag nicht zu folgen, da eine doppelte Qualifikation eines

1) Fischer, a. a. O., S. 51.

2) Subv. S. 68 = DVBl 1956, 605.

3) § 609 Abs. 1 BGB.

4) Bei Eingliederungsdarlehen aus Lastenausgleichsmitteln sind in § 9 der Weisung über Aufbaudarlehen für die gewerbliche Wirtschaft und die freien Berufe v. 21.10.1952 (Bundesanzeiger Nr. 211) i. d. Fassung v. 10.7.1953 (Bundesanzeiger Nr. 147), v. 5.7.1954 (Mtbl. BAA S. 193), v. 27.2.1956 (Mtbl. BAA S. 138), v. 25.7.1956 (Mtbl. BAA S. 370) und v. 9.12.1957 (Bundesanzeiger Nr. 255) Gründe zur sofortigen Kündigung festgelegt, die Bestandteil der Darlehensverträge werden.

5) § 609 Abs. 2 BGB.

6) RGZ 90, 330 (Urt. v. 19.6.1917).

7) Sh. oben S. 32.

8) So Hamann BB 1953, 865 unter Vorbehalten.

Rechtsaktes ein Unding ist¹⁾.

Hält man hingegen die Kündigung für einen rein bürgerlichrechtlichen Rechtsakt²⁾, dann hätte eine privatrechtliche Willenserklärung unmittelbar die Wirkung, daß ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis aufgehoben wird.

Bei allen gemischten Konstruktionen erhebt sich das Bedenken, daß mit Hilfe der Kündigung die strengen Voraussetzungen umgangen werden können, die für die Gültigkeit eines Widerrufs gefordert werden³⁾. Dies bringt eine empfindliche Einbuße an Rechtsschutz für den betroffenen Bürger mit sich.

Alle diese Schwierigkeiten ergeben sich bei der rein öffentlichrechtlichen Theorie nicht. Hier ist die "Kündigung" nur der Verwaltungsakt, der die Rücknahme oder den Widerruf des ursprünglichen begünstigenden Verwaltungsaktes ausspricht, wobei alle Anforderungen erfüllt sein müssen, die an Rücknahme und Widerruf gestellt werden.

3. Bedingungen und Auflagen

Bedingungen und Auflagen sind Nebenbestimmungen von Verwaltungsakten⁴⁾.

Unter einer Bedingung ist die Abhängigkeit der Rechtswirksamkeit eines Verwaltungsaktes von einem künftigen ungewissen Ereignis zu verstehen⁵⁾.

Auflage ist eine mit dem Verwaltungsakt verbundene bestimmte Forderung, durch die von dem Betroffenen ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen verlangt wird, wobei die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes nicht unmittelbar von der Erfüllung der Auflage abhängt⁶⁾. (In der Gesetzes- und Verwaltungs-

1) Sh. oben S. 70 f. Vgl. auch Henze, a.a.O., S. 95f.

2) So Ipsen, Subv. S. 94 = DVBl 1956, 611.

3) Sh. oben S. 100 f.

BGH NJW 1955, 1835 (Urt. v. 5.5.1955) läßt dabei aber erkennen, daß die strengen Widerrufsvoraussetzungen auch bei den Subventionsdarlehen Anwendung finden sollen.

4) Forsthoff Lb. S. 197; Landmann - Giers - Proksch, a.a.O., S. 164; Wolff Lb. S. 208.

5) Bitter, a.a.O., S. 16; Forsthoff Lb. S. 197; Landmann - Giers - Proksch, a.a.O., S. 164.

6) Bitter, a.a.O., S. 15; von Turegg, a.a.O., S. 110; Wolff Lb. S. 234.

sprache werden die Begriffe "Auflage" und "Bedingung" häufig verwechselt^{1).})

Die Auflage kann als unselbständiger Verwaltungsakt angesprochen werden^{2).} Sie kann und muß gegebenenfalls selbständig erzwungen werden^{3).} Sie ist auch selbständig anfechtbar^{4).}

Auflagen sind selbstverständlich dort zulässig, wo sie im Gesetz vorgesehen sind^{5).} Im übrigen sind sie aber auch zulässig, wenn sie ohne gesetzliche Grundlage gewährenden Verwaltungsakten beigelegt werden, da die Tätigkeit der Leistungsverwaltung nach herrschender Meinung keiner Grundlage im Gesetz bedarf, und die Beilegung von Auflagen dem Bürger nichts nimmt, sondern nur das durch den Verwaltungsakt Gewährte von vornherein verringert^{6).} Das gilt allerdings nur, wenn der Bürger keinen Rechtsanspruch auf die Gewährung hat^{7).} Die Auflage darf auch nicht so gewichtig sein, daß die durch sie geschaffene Belastung größer ist als die von der Verwaltung gewährte Wohltat^{8).}

Wenn die Auflage auch keiner gesetzlichen Grundlage bedarf, so ist sie dennoch nicht schrankenlos zulässig. Sie darf insbesondere nicht zur Durchsetzung sachfremder oder auf gesetzlichem Wege nicht erreichbarer Zwecke mißbraucht werden^{9).} Es muß vielmehr der Grundsatz der Sachgerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit gelten^{10).} Vor allem sind Auflagen zugunsten fiskalischer Belange unzulässig^{11).} Andererseits muß die Auflage nicht ausschließlich einem Zwecke dienen^{12).}

1) Bitter, a. a. O., S. 17; Forsthoff Lb. S. 197; Krüger DVBl 1955, 387; Wolff Lb. S. 235.

2) So Modest, a. a. O., Anm. 39 zu § 8 GetrG.

3) Wolff Lb. S. 234.

4) Henze, a. a. O., S. 102; Landmann - Giers - Proksch, a. a. O., S. 164; Modest, a. a. O., Anm. 17 zu § 8 GetrG; v. Turegg, a. a. O., S. 110; Wolff Lb. S. 234.

5) So in § 8 Abs. 5 GetrG, § 16 Abs. 5 Milch- und FettG, § 17 Abs. 4 Vieh- und FleischG, § 9 Abs. 5 ZuckerG.

6) Krüger DVBl 1955, 451.

7) Krüger, ebenda; Wolff Lb. S. 235.

8) Krüger, ebenda.

9) Forsthoff Lb. S. 198.

10) Bitter, a. a. O., S. 142; Henze, a. a. O., S. 139; Ipsen ArchÖffR Bd. 39 n. F., S. 314; Subv. S. 79 = DVBl 1956, 607; Krüger DVBl 1955, 520f; Wolff Lb. S. 235.

11) Bitter, a. a. O., S. 26; Krüger DVBl 1955, 520f.

12) Krüger DVBl 1955, 519 spricht von "Zweckvertauschung" und "Zweckvermehrung"; vgl. auch Ipsen, Subv. S. 80 = DVBl 1956, 607; ferner Bitter, a. a. O., S. 277f.

Begünstigenden Verwaltungsakten dürfen nachträglich keine belastenden Auflagen hinzugefügt werden¹⁾, da dies einem teilweisen Widerruf gleichkäme.

Die Herausstellung der Gesichtspunkte, die für Bedingungen und Auflagen maßgeblich sind, war deshalb erforderlich, weil diese Nebenbestimmungen ein wesentliches Hilfsmittel der Wirtschaftsverwaltung darstellen. Dabei ist vor allem die Auflage ein den besonderen Bedürfnissen der Wirtschaftsverwaltung entgegenkommendes Instrument²⁾. "Übernahmeverträge" und weitgehend auch die Subventionen zählen aber zu dem Bereich der Wirtschaftsverwaltung, so daß den Auflagen und Bedingungen hier große Bedeutung zukommt.

Bei den gemischten Theorien ergibt sich nun die Möglichkeit, den Inhalt der Bedingungen und Auflagen auch im Zivilrechtsgeschäft zu verankern³⁾. Dem Bürger können dabei auf zivilrechtlichem Wege Belastungen auferlegt werden, die im Verwaltungsakt der Übernahme der Importgüter bzw. der Bewilligung der Subvention noch nicht enthalten waren. Dadurch ist die Verwaltung in der Lage, das Verbot der nachträglichen Hinzufügung von Auflagen zu umgehen. Dies bedeutet eine Beeinträchtigung des Rechtsschutzes des Bürgers.

Daher vertreten HENZE⁴⁾ und KÖTTER-ZIEMER-SIARA⁵⁾ die Ansicht, das Vollzugsgeschäft müsse sich im Rahmen der durch den begründenden Verwaltungsakt festgesetzten Bedingungen und Auflagen halten. Dies läßt sich nur so denken, daß die über den Verwaltungsakt hinausgehenden zivilrechtlich auferlegten Belastungen nach § 138 BGB nichtig sind. Dabei besteht jedoch das Bedenken, ob nicht gemäß § 139 BGB das ganze Rechtsgeschäft als nichtig anzusehen ist⁶⁾.

Diese Zweifelsfragen tauchen bei der rein öffentlichrechtlichen Lösung gar nicht auf: Eine nachträgliche Auferlegung von Belastungen ist unzulässig.

1) Ipsen, Subv. S. 91 = DVBl 1956, 610; Krüger DVBl 1955, 456;

Wolff Lb. S. 236; OVG Hamburg MDR 1953, 635 (Beschl. v. 26.7.1953).

2) Näher ausgeführt bei Krüger DVBl 1955, 387.

3) Arendt, a.a.O., Erl. zu § 8 Abs. 5 GetrG; Flessa DVBl 1957, 83;

Henze, a.a.O., S. 103; Ipsen, Subv. S. 83f = DVBl 1956, 608.

Zu der Art und Weise dieser vertraglichen Niederlegung Bitter, a.a.O., S. 18f.

4) A.a.O., S. 92 und 104.

5) A.a.O., Anm. 2 A II und 2 B I zu § 29 IHG.

6) Vgl. BGH NJW 1958, 1772 Nr. 4 (Urt. v. 30.5.1958).

Wenn die Verwaltung den Vollzug der Auflagen erreichen will, so kann sie dies bei den gemischten Konstruktionen mit den Mitteln des Verwaltungsrechts tun. Sie kann sich aber auch der Mittel des Privatrechts bedienen, soweit die Auflagen im Privatrechtsgeschäft ihren Niederschlag gefunden haben. Ein gewichtiger Vorteil erwächst der Verwaltung aus dieser Zweispurigkeit nicht. Bei dem Widerruf des begünstigenden Verwaltungsaktes wegen Nichterfüllung einer Auflage ergibt sich im Gegenteil die Schwierigkeit, wie das Zivilrechtsgeschäft beendet werden kann¹⁾.

KRÜGER²⁾ stellt nun allerdings als Vorzug der Verankerung der Auflagen in privatrechtlicher Form bei den gemischten Konstruktionen die Tatsache heraus, daß sich der einzelne bürgerlichrechtlichen Bindungen durch einseitigen Verzicht auf die Gewährung der Verwaltung nicht entziehen könne, während er imstande sei, die Verwirklichung öffentlichrechtlicher Auflagen durch einseitigen Verzicht auf die Wohltat zu vereiteln, da die Verbindlichkeit der Auflage an die Entgegennahme der Leistung der Verwaltung geknüpft sei. Da diese Leistung häufig nur das Mittel zur Durchführung der Pläne der Verwaltung mit Hilfe der dem gewährenden Verwaltungsakt beigegebenen Auflagen darstelle, könnten diese Pläne so durch den Verzicht des Bürgers durchkreuzt werden.

KRÜGER³⁾ weist aber selbst einen Weg, um diese Behinderung der Verwaltung bei bloß öffentlichrechtlich festgelegten Auflagen auszuschalten: Man muß dem Hoheitsträger gegen den begünstigten Bürger einen Plangewährleistungsanspruch zuerkennen⁴⁾, der dem Bürger verwehrt, sich durch einseitigen Verzicht auf die Gewährung der Verwaltung den Verpflichtungen zu entziehen, die durch die Auflagen begründet worden sind. Damit sind die Bedingungen und Auflagen bei der rein öffentlichrechtlichen Konstruktion ein wirksames und ausreichendes Mittel, um die Pläne der Verwaltung unter Beachtung des Rechtsschutzes für den Bürger durchzusetzen. Der zusätzlichen Verpflichtung des Bürgers mit Hilfe von Zivilrechtsgeschäften bedarf es nicht, wodurch die daraus entstehende Komplizierung der Rechtsbeziehungen und die Möglichkeit der Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Bürgers vermieden werden kann.

1) Sh. oben S. 100 f.

2) DVBl 1955, 454.

3) DVBl 1955, 455.

4) Das Korrelat dazu ist ein Plangewährleistungsanspruch des Bürgers gegen den Hoheitsträger, der diesen verpflichtet, sich nicht aus einem gemeinschaftlichen Unternehmen mit dem Bürger zurückzuziehen (vgl. Ipsen VVDStRL 11, 129; Krüger DVBl 1955, 382 Fußn. 10).

4. Haftungsfragen

Bei den gemischten Konstruktionen tritt eine unterschiedliche Haftung für Pflichtverletzungen ein, je nachdem, ob es sich um die Verletzung öffentlichrechtlicher oder bürgerlichrechtlicher Pflichten handelt.

Der Hoheitsträger haftet dem Bürger gegenüber bei der Verletzung öffentlichrechtlicher Pflichten nach § 839 BGB, Art. 34 GG.¹⁾ Ob ein Beamter im staatsrechtlichen Sinne dabei für den Hoheitsträger tätig geworden ist oder eine andere mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraute Person, ist ohne Belang, da im Recht der Amtshaftung der staatsrechtliche Beamtenbegriff nicht gilt. Dies wurde durch den Wortlaut des Art. 34 GG ausdrücklich klargestellt²⁾. Im übrigen müssen die Voraussetzungen des § 839 BGB erfüllt sein³⁾. Von Bedeutung sind dabei insbesondere die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB⁴⁾ und der Ausschluß der Haftung bei Unterlassen der Abwendung des Schadens durch Gebrauch eines Rechtsbehelfes seitens des Betroffenen nach § 839 Abs. 3 BGB.⁵⁾ Der Amtswalter selbst haftet bei öffentlichrechtlicher Tätigkeit nicht.

Bei privatrechtlicher Tätigkeit kommt hingegen auch eine Eigenhaftung des Amtswalters in Frage; denn die Regelung der Haftung bestimmt sich auch im Bereich des Verwaltungsprivatrechts⁶⁾ allein nach privatrechtlichen Grundsätzen⁷⁾. Die Ansicht, daß auch in diesem Gebiet § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG zum Zuge kommen soll, wird auch von GIESE nicht mehr vertreten⁸⁾. Die Eigenhaftung eines Beamten im staatsrechtlichen Sinne bestimmt sich nach § 839 BGB. Angestellte und sonstige Amtswalter, die nicht Beamte

1) Einen Fall der Amtshaftung wegen Verletzung hoheitlicher Pflichten bei der Gewährung eines Subventionsdarlehens behandelt der BGH in NJW 1955, 1835 (Urt. v. 5.5.1955).

2) Wolff Lb. S. 321.

3) Wolff Lb. S. 320; BGHZ 13, 103f (Beschl. des Großen Zivilsenats v. 12.4.1954).

4) Wolff, ebenda; BGHZ 13, 103.

5) Landmann - Giers - Proksch, a.a.O., S. 217.

6) Ausdruck nach Wolff Lb. S. 82.

7) Wolff Lb. S. 81.

8) Giese, a.a.O., Anm. II 2 zu Art. 34 GG.

Lediglich Flessa NJW 1958, 1276 befürwortet noch die Anwendbarkeit. Dieser Auffassung tritt Bettermann DVBl 1958, 867 zu Recht entgegen.

im staatsrechtlichen Sinne sind, haften bei deliktischem Handeln nach den §§ 823ff BGB.¹⁾ Bei Vertragsverletzungen tritt eine Eigenhaftung des Amtswalters allerdings nicht ein.

Der Hoheitsträger haftet für deliktisches Handeln seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im zivilrechtlichen Bereich nach den §§ 823ff, 89, 31 BGB. Fügen andere Amtswalter, die nicht Organstellung als verfassungsmäßig berufene Vertreter im Sinne des § 89 BGB innehaben, einem Dritten widerrechtlich einen Schaden zu, bestimmt sich die Haftung des Hoheitsträgers nach § 831 BGB.²⁾ Auf keinen Fall kommt für den Hoheitsträger bei privatrechtlichem Handeln § 839 BGB in Betracht, mag auch der Amtswalter selbst nach dieser Vorschrift haften.³⁾

Bei Vertragsverletzung kann allein der Hoheitsträger als Vertragspartner ersatzpflichtig werden. Bei verfassungsmäßig berufenen Vertretern ergibt sich dies aus den §§ 89, 31 BGB in Verbindung mit dem jeweils in Frage kommenden vertraglichen Schadensersatzanspruch⁴⁾, bei anderen Amtswaltern aus § 278 BGB.⁵⁾ Der Hoheitsträger ist allerdings in der Lage, seine Haftung durch einen vertraglichen Haftungsausschluß zu beschränken (§ 276 Abs. 2 BGB).⁶⁾

Im privatrechtlichen Bereich kann auch der Staatsbürger wegen Vertragsverletzung nach den §§ 325, 326 BGB sowie aus positiver Forderungsverletzung haftbar gemacht werden⁷⁾.

Bei der rein öffentlichrechtlichen Lösung tritt eine unterschiedliche Haftung des Hoheitsträgers nicht ein. Er kann nur nach § 839 BGB, Art. 34 GG ersatzpflichtig gemacht werden. Der Vorzug dieser Konstruktion besteht vor allem darin, daß der Rechtsschutz für den Bürger erhöht ist. Dem Hoheitsträger ist hier nämlich ein Haftungsausschluß von vornherein verwehrt. Dem Staatsbürger kann ein solcher Ausschluß nicht aufgezwungen werden.

1) Wolff Lb. S. 325.

2) Wolff Lb. S. 326.

3) Wolff Lb. S. 325.

4) Wolff, ebenda.

5) Wolff Lb. S. 326.

6) Modest, a. a. O., Anm. 45 zu § 8 GetrG, weist hierauf besonders hin.

7) Modest, ebenda, Anm. 32 zu § 8 GetrG.

Bei den zweistufigen Konstruktionen könnte man die Unzulässigkeit eines zivilrechtlich vereinbarten Haftungsausschlusses nur über § 826 BGB mit der Begründung erreichen, der Satz "volenti non fit iniuria" könne nicht angewendet werden, weil der Staatsbürger auf die Leistung der Verwaltung angewiesen sei¹⁾. Es ist aber fraglich, ob der Bürger mit dieser Argumentation in jedem Falle Erfolg haben wird.

Ein weiterer Vorteil der rein öffentlichrechtlichen Konstruktion liegt darin, daß die Schwierigkeit vermieden wird, im Einzelfall eine Entscheidung zu treffen, ob eine öffentlichrechtliche oder eine privatrechtliche Pflicht verletzt ist. Bei der HAMANNschen Theorie wäre es häufig sogar möglich, daß eine bürgerlichrechtliche und eine öffentlichrechtliche Haftung für dieselbe Pflichtverletzung in Frage käme. Auch dieses unbefriedigende Ergebnis fällt bei der rein öffentlichrechtlichen Lösung weg.

Der Staatsbürger kann nach der öffentlichrechtlichen Theorie nicht wie bei den gemischten Konstruktionen wegen Vertragsverletzung nach den §§ 325, 326 BGB oder nach speziellen Haftungsnormen (z. B. den Gewährleistungsvorschriften im Kaufrecht) sowie nach den Grundsätzen der Haftung für positive Forderungsverletzung zur Schadensersatzleistung herangezogen werden²⁾. Hierfür besteht auch gar kein Bedürfnis³⁾. Es reicht aus, daß der Bürger für sein Handeln nach den Vorschriften der §§ 823ff BGB verantwortlich gemacht werden kann (bei einem Betrug beispielsweise nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB).

Man könnte allerdings geneigt sein, ein Bedürfnis für vertragliche Ersatzansprüche gegen den Staatsbürger zu bejahen, wenn eine Einfuhr- und Vorratsstelle eingeführte Nahrungsmittel zum Zwecke der Vorratswirtschaft einbehält⁴⁾. Zur Begründung könnte man anführen, daß der Importeur ja auch dann zu haften hätte, wenn er die Waren einem Privatmann verkauft hätte. Er könne nicht besser gestellt sein, wenn die Einfuhr- und Vorratsstelle die Waren übernimmt, zumal diese auch ein Interesse daran habe, einwandfreie Lieferungen für ihre Vorratswirtschaft zu erhalten. Der Einführer bekomme ja auch eine Vergütung für die einbehaltenen Nahrungsmittel.

1) Diesen Standpunkt vertritt Modest, a. a. O. Anm. 45 zu § 8 GetrG.

2) Dazu eingehend Dönhoff, Beilage zum "Ernährungsdienst".

3) So völlig richtig Dönhoff, ebenda, für die "Übernahmeverträge".

4) Sh. oben S. 85 f.

Bei dieser Argumentation wird aber übersehen, daß der hoheitliche Akt der Einbehaltung eine andere Sachlage bedingt. Die Einbehaltung ist mit dem Ablieferungszwang¹⁾ zu vergleichen. Der "Kaufpreis" der "Übernahmeverträge" entspricht im Falle der Einbehaltung der Waren dem Ablieferungsentgelt²⁾. Beim Ablieferungszwang vermindert sich das Entgelt, wenn die abgelieferte Ware mangelhaft ist. Es kann u. U. auch ganz entfallen. Eine Rechtsgrundlage dafür, daß der Hoheitsträger einen darüber hinaus gehenden Schaden vom Ablieferungspflichtigen verlangen kann, besteht nicht, wenn man die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen außer Acht läßt.

Entsprechendes gilt auch für die Einbehaltung von Nahrungsmitteln zu Vorratszwecken. Der "Kaufpreis" kann bei schlechter Lieferung herabgesetzt werden, u. U. auch völlig entfallen. Für einen weitergehenden Schaden hat der Einführer nicht einzustehen.

Liefert daher beispielsweise ein Importeur Getreide, das von irgendeinem Krankheitserreger befallen ist, dann kann sich die Einfuhr- und Vorratsstelle weigern, eine Vergütung für die einbehaltenen Waren zu entrichten. Hat das Getreide aber das übrige eingelagerte Gut angesteckt, so kann sie dafür keinen Schadensersatz vom Einführer verlangen, es sei denn, dieser hat vorsätzlich gehandelt. In letzterem Fall ist er nach den §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB ersatzpflichtig. (Bei vorsätzlichem Handeln eines Verrichtungsgehilfen käme § 831 BGB zum Zuge.)

Bei den gemischten Theorien könnte die Einfuhr- und Vorratsstelle den Importeur hingegen für den Schaden, der durch die Ansteckung des übrigen Getreides entstanden ist, wegen positiver Forderungsverletzung gemäß § 276 BGB auch bei fahrlässigem Handeln haftbar machen³⁾. (Bediente der Importeur sich eines Erfüllungsgehilfen, genügt dessen fahrlässiges Handeln nach § 278 BGB). Dies erscheint bei einer zwangsweisen Ablieferung, wie sie bei der Einbehaltung praktisch vorliegt, als zu weitgehend.

Will die Einfuhr- und Vorratsstelle erzielen, daß der Einführer für positive For-

1) Zu diesem Rechtsinstitut Huber Bd. II S. 34ff.

2) Dazu Huber Bd. II S. 35.

3) Allerdings nur, sofern die Einfuhr- und Vorratsstelle als Kaufmann nicht ihre Rügepflicht nach § 377 HGB verletzt hat. Der Importeur wird in aller Regel Kaufmann sein, so daß es bei dem von den gemischten Theorien zivilrechtlich gedachten Teil um ein beiderseitiges Handelsgeschäft handeln würde.

derungsverletzung haftet, dann darf sie eben nicht den Weg wählen, ihm zwangsweise die eingeführten Nahrungsmittel abzunehmen, sondern muß ihm auf dem Boden freier Vereinbarung gegenüberreten und über die Waren einen privatrechtlichen Kaufvertrag mit ihm schließen.

Verfehlt wäre es, die volle vertragliche Haftung des Einführers auch bei der öffentlichrechtlichen Lösung durch die Anwendung des MODESTschen "Systems des doppelten Vertrages"¹⁾ erreichen zu wollen. Es würde sich nur um eine unzulässige Verschleierung des hoheitlichen Aktes der Einbehaltung handeln, um auf diese Weise die Anwendbarkeit sämtlicher vertraglicher Haftungsbestimmungen zu Ungunsten des Bürgers zu erzielen.

5. Grundrechtsschutz

Der Hoheitsträger ist auch im Bereich der Wirtschaftslenkung an die Grundrechte, vor allem an den Gleichheitssatz²⁾, gebunden³⁾.

Die Verwirklichung des Schutzes des Staatsbürgers vor Grundrechtsverletzungen bei den "Übernahmeverträgen" und den Subventionen ist sowohl bei den gemischten Theorien als auch bei der rein öffentlichrechtlichen Lösung problemlos, soweit die Grundrechtsverletzung durch den begründenden Verwaltungsakt erfolgt. Der Verwaltungsakt ist in diesem Falle fehlerhaft. Diese Fehlerhaftigkeit kann vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden.

Bei den gemischten Konstruktionen erhebt sich nun aber die Frage, inwieweit der Grundrechtsschutz im zivilrechtlichen Bereich gewährleistet ist⁴⁾. Eines Eingehens auf das Problem der Drittgerichtetheit der Grundrechte⁵⁾ bedarf es hierbei nicht, da bei den "Übernahmeverträgen" und den Subventionen nicht irgendein Privatmann, sondern ein Hoheitsträger tätig wird. Ob ein Hoheits-

1) Sh. S. 86.

2) Hamann, "Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung", S. 123f.

3) Hamann BB 1951, 341; Krüger DVBl 1955, 452; Modest, a. a. O., Anm. 14 zu § 8 GetrG.

4) Vgl. Maunz - Dürig, a. a. O., Anm. 138 zu Art. 1 Abs. 3 GG.

5) Für eine solche Drittgerichtetheit insbesondere Nipperdey RdA 1950, 124f; BAG 1, 191 (Urt. v. 3.12.1954) und in NJW 1957, 1688 (Urt. v. 10.5.1957).

träger bei rein fiskalischem Tätigwerden an die Grundrechte gebunden ist¹⁾, kann hier ebenfalls dahingestellt bleiben, weil es sich um Verwaltungsprivatrecht²⁾ handelt³⁾. Es ist herrschende Meinung, daß in diesem Bereich der Hoheitsträger an die Grundrechte gebunden ist⁴⁾. Der von IPSSEN⁵⁾ und DÜRIG⁶⁾ aufgezeigte Weg, die Grundrechte über die §§ 138, 242, 826 BGB zu aktualisieren⁷⁾, indem eine Grundrechtsverletzung als "agere contra factum proprium" ausgelegt wird, erscheint dabei allein der Eigenständigkeit des Privatrechts gerecht zu werden⁸⁾.

Auf diese Weise läßt sich der Grundrechtsschutz des Staatsbürgers im Zivilrecht ebenso gut durchsetzen wie im öffentlichen Recht.

Der vom Bundesarbeitsgericht⁹⁾ herausgestellte Grund, der gegen eine volle Verwirklichung des Grundrechtsschutzes über die Generalklauseln des BGB sprechen soll, ist nicht stichhaltig. Das Bundesarbeitsgericht läßt die Anwendbarkeit des § 138 BGB wegen Fehlens des subjektiven Elementes, das für § 138 BGB erforderlich sei, scheitern. Die subjektive Einstellung der Parteien ist für § 138 BGB aber nur dann wesentlich, wenn die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes sich erst aus der Berücksichtigung der Zwecksetzung der Parteien und aus ihrer Gesinnung ergibt¹⁰⁾, was bei einem Verstoß gegen Grundrechte gerade nicht der Fall ist.

1) So Löw DÖV 1957, 879 gegen Dürig ZGesStW Bd. 109 (1953) S. 341 und Grundrechte, S. 157ff.

2) Ausdruck nach Wolff Lb. S. 82. Über die Abgrenzung zum fiskalischen Bereich Siebert, a. a. O., S. 219ff.

3) Ipsen, Subv. S. 20 = DVBl 1956, 466.

4) Dürig ZGesStW Bd. 109 (1953) S. 341 und Grundrechte, S. 186; Ipsen, Subv. S. 19f = DVBl 1956, 465f; Köttgen DVBl 1953, 488; Krüger DVBl 1955, 384; Siebert, a. a. O., S. 240; Wolff Lb. S. 82; BGH NJW 1959, 431 (Urt. v. 10.12.1958).

5) Aktionär und Sozialisierung, S. 32f.

6) ZGesStW Bd. 109 (1953) S. 341 und Grundrechte S. 189.

7) Ähnliche Gedankengänge finden sich auch bei der Entscheidung des BVerfG in JZ 1958, 119 (Urt. v. 15.1.1958), der allerdings ein anderer Sachverhalt zugrunde lag.

8) Ebenso Maunz - Dürig, a. a. O., Anm. 132 zu Art. 1 Abs. 3 GG.

9) NJW 1957, 1688 (Urt. v. 10.5.1957).

10) Von Staudinger - Coing, a. a. O., Anm. 12 a und 13 zu § 138 BGB.

Selbst wenn man dem aber nicht folgen und bei § 138 BGB grundsätzlich die entsprechende Einstellung der Parteien verlangen würde, ließe sich der Einwand unzulässiger Rechtsausübung aus § 242 BGB herleiten, wenn der Hoheitsträger eine grundrechtswidrige Rechtshandlung vornimmt.

Damit ergeben sich hinsichtlich des Grundrechtsschutzes keine Unterschiede zwischen der rein öffentlichrechtlichen Konstruktion und den gemischten Gestaltungsformen, wenn man nicht - wie DÜRIG¹⁾ - außerhalb des Juristischen liegende Gesichtspunkte geltend macht. Nach DÜRIG legt die Mehrzahl der Anwälte der Publizistik gegenüber eine Indifferenz an den Tag, welche die Verwirklichung des Grundrechtsschutzes bei privatrechtlichem Handeln eines Hoheitsträgers erschwert. Bei der rein öffentlichrechtlichen Theorie fällt dieses Verhalten der Anwälte wegen dem im Verwaltungsverfahren herrschenden Untersuchungsgrundsatz nicht so ins Gewicht. Insofern mag die rein öffentlichrechtliche Theorie aus nichtjuristischen Gründen in geringerem Maße einen besseren Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen als die gemischten Theorien gewährleisten.

6. Ermessensüberprüfung

Sowohl bei den Subventionen als auch bei den "Übernahmeverträgen" ist der Verwaltung in weitgehendem Maße ein Ermessensspielraum eingeräumt. Der Staatsbürger hat in solchen Fällen ein Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens²⁾. Diesem Recht kann über eine Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht sowohl bei der rein öffentlichrechtlichen Lösung als auch bei den gemischten Konstruktionen voll Rechnung getragen werden, sofern der Ermessensfehler dem begründenden Verwaltungsakt anhaftet³⁾.

Aber auch in dem Bereich, den die gemischten Theorien dem bürgerlichen Recht zuordnen, kann die Verwaltung weitgehend nach ihrem Ermessen handeln (z. B. bei der Kündigung von Subventionsdarlehen, beim Erlaß der Rückzahlungspflicht, bei der Versagung oder Gewährung einer Stundung usw.). Die Frage ist nun, inwieweit hier der Schutz des Staatsbürgers vor Ermessensfehlern gewährleistet ist.

1) JZ 1953, 199 Anm. 64.

2) Sh. oben S. 90, Fußn. 1.

3) Sh. dazu oben S. 89 f.

Soweit der Ermessensfehler zugleich einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz bedeutet, kann er nach den oben¹⁾ dargestellten Grundsätzen auch bei den gemischten Gestaltungsformen im zivilrechtlichen Bereich über die §§ 138, 242, 826 BGB berücksichtigt werden. Von einem Ermessensfehler, der zugleich einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz enthält, kann jedoch nur dann gesprochen werden, wenn willkürliche Differenzierungen vorgenommen werden; denn das Wesen des Gleichheitssatzes besteht in einem Willkürverbot²⁾. Eine Ermessensentscheidung verletzt daher den Gleichheitssatz nur, wenn sie gleichliegende Tatbestände, die aus der Natur der Sache heraus und unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit klar eine gleichartige Behandlung erfordert hätten, ohne zureichenden sachlichen Grund und ohne ausreichende Orientierung an Sinn und Zweck der einschlägigen Rechtssätze, ungleich behandelt³⁾. Hierher zählt auch die Abweichung von bisheriger konstanter Praxis durch dieselbe Behörde ohne besonderen triftigen Grund⁴⁾. Die Verwaltungsbehörde kann sich in der Ausübung ihres Ermessens durch dessen längere Zeit anhaltende gleichmäßige Handhabung binden⁵⁾, allerdings nur insoweit, als nicht sachliche Gründe irgendwelcher Art eine andersartige Entscheidung gebieten⁶⁾.

Ermessensfehler, die nicht zugleich einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz enthalten, liegen dann vor, wenn die Behörde die Grenzen ihres Ermessens überschreitet ("Ermessensüberschreitung"), wenn die Entscheidung auf einem Rechtsirrtum beruht ("Ermessensfehler aus Rechtsirrtum"), oder wenn der Entscheidung unzulässige Erwägungen zugrunde gelegt werden, die jedoch eine willkürlich ungleiche Behandlung noch nicht enthalten (*«détournement de pouvoir»*).⁷⁾ Eine Ermessensüberschreitung ist auch dann gegeben, wenn die

1) S. 113.

2) Henze, a. a. O., S. 127; Huber Bd. II S. 217; Leibholz DVBl 1951, 193.

3) BayVerfGH BayVGh n. F. Bd. 1 II S. 66 und 79 (Entsch. v. 15. 10. 1948).

4) Ipsen bei Neumann - Nipperdey - Scheuner, "Die Grundrechte", 148.

5) WüBadVGh VRspr 4 (1952) Nr. 115 S. 557 (Urt. v. 10. 8. 1951).

6) Fachinger NJW 1949, 246; OVG Hamburg VRspr 2 (1950) Nr. 77 S. 344 (Urt. v. 13. 2. 1950); OVG Münster JZ 1951, 119 (Bescheid v. 17. 10. 1950) m. zust. Anm. Bachof.

7) Einteilung nach Fachinger NJW 1949, 244ff. Wenn Fachinger die Ermessensfehler, die hier (nach Henze, a. a. O., S. 144) unter dem Begriff *«détournement de pouvoir»* gebracht werden, unter der Bezeichnung "Ermessensmißbrauch" zusammenfaßt, so ist das irreführend; denn unter Ermessensmiß-

Behörde ein ihr zustehendes Ermessen nicht walten läßt¹⁾, oder wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Maßnahme und Erfolg verletzt²⁾.

Bei diesen Ermessensfehlern, die nicht zugleich einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz verkörpern, kann dem Recht des Staatsbürgers auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens in dem Bereich, den die gemischten Theorien dem Zivilrecht zuordnen, nicht Genüge getan werden.

HENZE sieht zwar privatrechtliche Abreden, die gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen, als nicht getroffen an³⁾. Auch die übrigen Ermessensfehler sollen im bürgerlichrechtlichen Teil berücksichtigt werden⁴⁾. Er zeigt aber nicht auf, nach welcher zivilrechtlichen Norm die ermessensfehlerhaften Rechtsakte ungültig sein sollen.

Es würde zu weit führen, alle diese Fälle ebenfalls als "agere contra factum proprium" hinzustellen⁵⁾. Das Wesen des Privatrechts bedingt eine größere Freiheit der Rechtsgenossen. Wenn diese Freiheit im Gebiet des Verwaltungsprivatrechts zum Schutze der Grundrechte eingeschränkt wird, dann geschieht dies aus verfassungsrechtlichen Gründen⁶⁾. Es geht aber nicht an, eine weitere Einschränkung aus allgemeinen verwaltungsrechtlichen Gründen, wie hier der Beachtung sämtlicher Ermessensfehler, vorzunehmen, da sonst das Verwaltungsprivatrecht immer mehr verwaltungsrechtliche Züge annehmen würde, und von Privatrecht praktisch kaum mehr gesprochen werden könnte. Das Verwaltungsprivatrecht würde ein gesondertes Rechtsgebiet bilden, das mit dem Charakter des übrigen Privatrechts wenig mehr gemein hätte. Warum es dann dennoch nicht von vornherein dem öffentlichen Recht angehören soll, wäre kaum verständlich.

brauch werden häufig auch die Fälle der Ermessenswillkür verstanden (so bei Wolff Lb. S. 132f), die einen Verstoß gegen Art. 3 GG beinhalten.

1) Wolff Lb. S. 132.

2) Landmann - Giers - Proksch, a. a. O., S. 46.

3) Henze, a. a. O., S. 143.

4) Ebenda, S. 145.

5) Worauf Forsthoff Lb. S. 88 hinzielt.

6) Von Krauss, a. a. O., S. 41f, will diesen verfassungsrechtlichen Schutz auch auf den Grundsatz von der Verhältnismäßigkeit des Mittels ausdehnen, indem er ein selbständiges Grundrecht annimmt. Dem tritt aber zutreffenderweise Galette im DVBl 1956, 312f entgegen.

Das bedeutet aber für den Staatsbürger bei den gemischten Konstruktionen eine gewichtige Einbuße an Rechtsschutz. Im zivilrechtlichen Bereich könnten Ermessensüberschreitungen, vor allem Verstöße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die Fälle des « détournement de pouvoir » und Ermessensfehler aus Rechtsirrtum nicht berücksichtigt werden. Das Recht des Staatsbürgers auf Freibleiben von ermessensfehlerhaften Rechtsakten des Hoheitsträgers ließe sich dann teilweise nicht durchsetzen.

Hier ist ein entscheidender Vorzug der rein öffentlichrechtlichen Lösung zu erkennen: Das Recht des Staatsbürgers auf fehlerfreie Handhabung des Ermessens wird auch in dem Bereich, den die gemischten Theorien dem bürgerlichen Recht zuordnen, voll gewährleistet. Die vom Hoheitsträger gefällten Ermessensentscheidungen unterliegen als Verwaltungsakte der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung auf Ermessensfehler. Dies gilt insbesondere für die "Kündigung" von Subventionsdarlehen.

Nach der HAMANNschen Theorie, die ein Parallellaufen eines öffentlichrechtlichen und eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses annimmt¹⁾, können allerdings auch im Bereich des "Erfüllungsgeschäftes" sämtliche Ermessensfehler Beachtung finden. Dem Staatsbürger ist aber damit nicht gedient; denn Ermessensüberschreitungen, die Fälle des « détournement de pouvoir » und Ermessensfehler aus Rechtsirrtum machen dann zwar den Rechtsakt (wie beispielsweise die Kündigung) öffentlichrechtlich aufhebbar, privatrechtlich aber bleibt er voll gültig. Es ist auch kein Weg ersichtlich, die öffentlichrechtliche Fehlerhaftigkeit auf das bürgerliche Recht auszudehnen. So kommt man zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß ein und derselbe Rechtsakt zugleich fehlerhaft und voll gültig ist. Eine ermessensfehlerhafte Kündigung aus Rechtsirrtum z.B. wäre öffentlichrechtlich aufhebbar und nach erfolgreicher verwaltungsgerichtlicher Anfechtung öffentlichrechtlich unwirksam, privatrechtlich aber voll gültig. Eine vor dem ordentlichen Gericht durchgeführte Klage auf Rückzahlung der Darlehenssumme müßte Erfolg haben. Dies kann auf keinen Fall richtig sein.

Die einzige Möglichkeit, dem Staatsbürger gegen Ermessensfehler vollen Rechtsschutz zu gewähren, ist daher die Bejahung der rein öffentlichrechtlichen Theorie.

1) Sh. oben S. 32.

7. Rechtswegfragen

In den Grenzgebieten zwischen öffentlichem und privatem Recht, zu denen auch die Subventionen und die "Übernahmeverträge" zu rechnen sind, wenn man den gemischten Theorien folgt, sind Fragen des Rechtswegs naturgemäß von sehr großer Bedeutung¹⁾. Nach § 13 GVG entscheidet die Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruches darüber, ob der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten offensteht, oder ob der Verwaltungsrechtsweg eingeschlagen werden muß, soweit nicht das ordentliche Gericht auch für öffentlichrechtliche Streitigkeiten kraft ausdrücklicher gesetzlicher Zuweisung oder kraft Gewohnheitsrechtes zuständig ist²⁾.

Rechtsstreitigkeiten, die den Verwaltungsakt betreffen, der das Rechtsverhältnis begründet, sind daher vor den Verwaltungsgerichten auszutragen³⁾. Der Staatsbürger kann dabei, je nach Sachlage, entweder auf Aufhebung des Verwaltungsaktes oder beim Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechtes auf Vornahme eines entsprechenden Verwaltungsaktes, andernfalls auf fehlerfreie Handhabung des Ermessens klagen⁴⁾. Die Voraussetzungen der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage werden in der Regel nicht gegeben sein, solange der Staatsbürger auf Aufhebung oder Vornahme klagen kann⁵⁾. Bei den "Übernahmeverträgen" ist nach herrschender Meinung auch für den Verwaltungsakt der Festsetzung des Übernahme- und des Abgabepreises der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben⁶⁾.

Für Streitigkeiten, die sich bei der Abwicklung des Rechtsverhältnisses ergeben, sollen nach den gemischten Theorien nun aber die ordentlichen Gerichte zuständig sein, da insoweit bürgerlichrechtliche Streitigkeiten gegeben seien⁷⁾. Nach HAMANN⁸⁾ soll beim Subventionskredit das ordentliche Gericht allerdings nur für die Streitigkeiten zuständig sein, welche die "Form" des Rechtsgeschäftes

1) Clasen DÖV 1959, 282; Merk VVDSTRL 11, 128; Siebert, a. a. O., S. 242.

2) Dazu Nikisch, a. a. O., S. 37ff; Rosenberg, a. a. O., S. 36ff.

3) Ipsen, Subv. S. 92 = DVBl 1956, 611.

4) Ipsen, Subv. S. 92f = DVBl 1956, 611. Sh. auch Ehrenfort, a. a. O., Erl. 2 zu § 102 des 2. WoBauG.

5) Ipsen, ebenda; Ehrenfort, ebenda.

6) Modest, a. a. O., Anm. 12 und 18 zu § 8 GetrG; BVerwGE 3, 205 = DÖV 1956, 366 (Urt. v. 8.3.1956).

7) Modest, a. a. O., Anm. 20 zu § 8 GetrG; Siebert, a. a. O., S. 238.

8) BB 1953, 866.

betreffen, wobei erst zu klären wäre, was unter der "Form" des Rechtsgeschäftes hier zu verstehen ist. Die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts kann jedoch nicht für die bei den "Übernahmeverträgen" anfallenden Gebühren gelten¹⁾, da deren Beitreibung nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung²⁾ nach der Reichsabgabenordnung erfolgt.

Nach der rein öffentlichrechtlichen Theorie hingegen sind alle aus den "Übernahmeverträgen" und aus den Subventionen entstehenden Rechtsstreitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten auszufechten. Nicht etwa ist kraft Gewohnheitsrechts der ordentliche Rechtsweg zulässig³⁾, da sich ein derartiges Gewohnheitsrecht nicht gebildet hat. Einzig die Streitigkeiten aus den zu Subventionierungszwecken mit dem Gläubiger des Subventionierten abgeschlossenen Bürgschafts- und Refinanzierungsverträgen gehören vor die ordentlichen Gerichte.

Man könnte nun einwenden, daß dieser Lösung zumindest bei den Subventionen im Bereich des Wohnungsbaues § 102 des 2. WoBauG⁴⁾ entgegenstehe⁵⁾.

1) Modest, a. a. O., Anm. 20 zu § 8 GetrG.

2) §§ 15 Abs. 2 und 4 GetrG; 21 Abs. 1, 23 Milch- und FettG; 21 Abs. 1 und 3 Vieh- u. FleischG; 11 Abs. 1 und 3 ZuckerG.

3) In diesem Punkt übereinstimmend Ipsen, Subv. S. 100 = DVBl 1956, 612.

4) BGBl 1956 I S. 550.

5) § 102 des 2. WoBauG lautet:

Abs. 1:

"Für öffentlichrechtliche Streitigkeiten, die aus diesem Gesetz entstehen können, ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Dies gilt insbesondere für Streitigkeiten, die sich ergeben aus Anträgen auf Bewilligung öffentlicher Mittel, auf Übernahme von Bürgschaften und Gewährleistungen und auf Zulassung eines Betreuungsunternehmens (§ 37 Abs. 2)".

Abs. 2:

"Für bürgerlichrechtliche Streitigkeiten, die aus diesem Gesetz entstehen können, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Dies gilt insbesondere für Streitigkeiten über Ansprüche aus den auf Grund der Bewilligung öffentlicher Mittel geschlossenen Verträgen, aus übernommenen Bürgschaften und Gewährleistungen sowie für Streitigkeiten zwischen einem Bauherrn und einem Bewerber aus einer Verkaufsverpflichtung und für Streitigkeiten zwischen einem Bauherrn und einem Betreuungsunternehmen (§ 37 Abs. 3)".

Diese Vorschrift scheint die sich aus den gemischten Theorien ergebende Folgerung zu bestätigen, daß für Streitigkeiten aus demselben Rechtsverhältnis teils die ordentlichen Gerichte, teils die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Der Gesetzgeber ging bei der Formulierung der Bestimmung anscheinend von der IPSENschen Theorie aus¹⁾.

Die subjektiven Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder ist aber bei der Auslegung einer Bestimmung nicht in erster Linie maßgeblich²⁾. Zumindest aber lassen sich gemäß der "progressiven Rechtsfindungsmethode" fehlerhafte Bewertungen des Gesetzgebers bei der Auslegung korrigieren³⁾.

§ 102 des 2. WoBauG muß dementsprechend im Sinne der rein öffentlichrechtlichen Theorie ausgelegt werden: Gegen Abs. 1 ist von dem Standpunkt dieser Theorie aus nichts einzuwenden. Bei Abs. 2 ist zu beachten, daß es "auf Grund der Bewilligung öffentlicher Mittel geschlossene Verträge" nicht gibt⁴⁾, so daß die Festlegung der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte insoweit gegenstandslos ist. Auch bürgerlichrechtliche Streitigkeiten aus übernommenen Gewährleistungen lassen sich nach der rein öffentlichrechtlichen Theorie nicht

1) Sh. Haarmann DVBl 1956, 602:

"Die Bestimmung des § 102 über den 'Rechtsweg' ist zwar neu, doch wird damit im wesentlichen nur kodifiziert, was Literatur und Judikatur hierzu für das 1. WoBauG erarbeitet hatten. Das gilt für die in § 102 Abs. 1 und 2 vorgesehenen Rechtswege vor den Verwaltungsgerichten und vor den ordentlichen Gerichten besonders bei Streitigkeiten, 'die sich ergeben aus Anträgen auf Bewilligung von öffentlichen Mitteln' und damit verkoppelt bei Streitigkeiten 'aus den auf Grund der Bewilligung öffentlicher Mittel geschlossenen Verträgen'. Denn der Bewilligungsbescheid wie die Ablehnung des Antrages auf Bewilligung öffentlicher Mittel sind Verwaltungsakte und können als solche angefochten werden, während der auf Grund des Bewilligungsbescheides abgeschlossene Darlehensvertrag bürgerlichrechtlicher Natur ist".

2) BVerfGE 1, 299 (312) = JZ 1952, 419 (Urt. v. 21.5.1952).

3) Bender JZ 1957, 597 und 600f.

4) Im Bereich der Wohnungsbaubsubventionierung werden keine Refinanzierungsdarlehen vergeben, so daß Refinanzierungsverträge nicht unter diesen Passus fallen können.

denken, so daß auch dieser Fall der beispielhaften Aufzählung des § 102 Abs. 2 Satz 2 des 2. WoBauG ins Leere stößt. Hingegen sind auch nach der rein öffentlichrechtlichen Theorie die Rechtsbeziehungen zwischen Bürgen und subventionierendem Hoheitsträger bürgerlichrechtlich einzustufen, so daß insoweit § 102 Abs. 2 Satz 2 des 2. WoBauG zutrifft. Die im übrigen aufgezählten Fälle sind zweifelsfrei ebenfalls bürgerlichrechtliche Streitigkeiten.

§ 102 des 2. WoBauG zwingt also nicht dazu, für Streitigkeiten aus demselben Rechtsverhältnis verschiedene Rechtswege einzuschlagen. Demnach ist es möglich, mit Hilfe der rein öffentlichrechtlichen Theorie in allen Fällen eine klare und einfache Lösung der Rechtswegfragen zu erzielen. Dies zeigt in besonderem Maße den praktischen Vorzug dieser Konstruktion gegenüber den gemischten Theorien.

Diese erklären für in engstem Zusammenhang stehende Klagen, wie beispielsweise bei den "Übernahmeverträgen" die Anfechtung der Preisfestsetzung und die Klage auf Zahlung der Differenz zwischen Übernahme- und Abgabepreis oder bei Subventionsdarlehen die Anfechtung eines Widerrufs des Bewilligungsbescheides und die Klage auf Rückzahlung des empfangenen Darlehens, zwei verschiedene Gerichte für zuständig. Dies widerspricht den Grundsätzen der Prozeßwirtschaftlichkeit¹⁾. Mit einer solchen Zerreißung der Rechtsschutzgewährung in zwei vor verschiedenen Gerichten nebeneinanderherlaufenden Verfahren ist niemand gedient²⁾.

Im Gegenteil, es wirkt sich zum Nachteil des Staatsbürgers aus, wenn das ordentliche Gericht, das mit einem Rechtsstreit aus einem "Übernahmevertrag" oder einer Subvention nach den gemischten Theorien befaßt wird, im Wege der Inzidentfeststellung die Gültigkeit des das Rechtsverhältnis begründenden Verwaltungsakts prüft, wozu es in der Regel gezwungen sein wird. Das ordentliche Gericht kann dabei nämlich nur die Nichtigkeit, nicht aber die bloße Aufhebbarkeit des Verwaltungsaktes feststellen³⁾. Eine Aussetzung bis zur Ent-

1) BVerwGE 6, 244 = NJW 1958, 1109 = DÖV 1958, 420 (Urt. v. 7.3.1958) sowie BVerwG NJW 1959, 212 (Urt. v. 17.10.1958).

2) BVerwG in denselben Entscheidungen. In diesem Sinne auch Ehrig NJW 1959, 218. Das von diesem angestrebte Zusammenwachsen öffentlichen und privaten Rechts, mit dem er der Zerreißung der Rechtsschutzgewährung begegnen will, entspricht in keiner Weise dem heutigen Rechtssystem. Eine Lösung bietet nur die hier verfochtene einheitliche Betrachtungsweise der Rechtsverhältnisse.

3) Rosenberg, a. a. O., S. 49.

scheidung des Verwaltungsgerichts nach § 148 ZPO ist nur möglich, soweit ein Rechtsstreit vor dem Verwaltungsgericht überhaupt anhängig ist¹⁾.

Ferner spricht gegen die gemischten Theorien, daß die Beantwortung der Frage, welcher Rechtsweg einzuschlagen ist, große Schwierigkeiten macht. Dies wird vor allem deutlich, wenn der Staatsbürger gegen eine unzulässige Kündigung bzw. gegen einen unzulässigen Widerruf eines Subventionsdarlehens vorgehen will.

Nach IPSEN²⁾ soll entscheidend sein, in welcher Rechtsgestalt die Maßnahme der Subventionsverwaltung, die das Subventionsverhältnis beenden soll, dem Staatsbürger entgegentritt. Im Falle der zivilrechtlich erklärten Kündigung soll der ordentliche Rechtsweg offenstehen. Wenn die Subventionsverwaltung gleichzeitig mit der Kündigung oder durch besonderen Akt die Beendigung des Subventionsverhältnisses hoheitlich verlautbart, dann könnte dem Staatsbürger auch Verwaltungsrechtsschutz im Wege der Anfechtungsklage zustehen. Indessen soll in jedem Falle für den Betroffenen die verwaltungsgerichtliche Klage auf Feststellung des Bestehens oder des Inhalts des öffentlichrechtlichen Subventionsverhältnisses in Betracht kommen.

Wie kann aber ermittelt werden, wann eine Entscheidung der Subventionsverwaltung als zivilrechtliche Kündigung oder als öffentlichrechtlicher Widerruf zu deuten ist? Die Benennung des Aktes durch die Verwaltung, sofern eine solche überhaupt erfolgt ist, kann nicht maßgeblich sein. Wenn schon dem Gesetzgeber verwehrt ist, durch bloße Formaldeklaration einen öffentlichrechtlichen Akt in einen privatrechtlichen umzuwandeln³⁾, so gilt dies in noch stärkerem Maße für die Verwaltung. Die Zulässigkeit des ordentlichen bzw. des Verwaltungsrechtsweges würde sonst von der zufälligen Benennung eines Aktes durch die Verwaltungsbehörde abhängen. Diese könnte auch durch bloße Namensgebung die Zuständigkeit des ihr genehmen Gerichtes erzielen. Das kann nicht rechtens sein.

Ein anderes Merkmal, das den Akt als Kündigung oder als Widerruf qualifizieren ließe, ist aber nicht ersichtlich.

Die von IPSEN für zulässig erachtete Feststellungsklage nützt dem Staatsbürger sehr wenig. Wenn der Hoheitsträger vor dem ordentlichen Gericht auf Rückzah-

1) Rosenberg, a. a. O., S. 257.

2) Subv. S. 93f = DVBl 1956, 611.

3) Otto Mayer Bd. I S. 117 Fußn. 6. Sh. auch oben S. 67.

lung des Subventionsdarlehens klagt, wie er es bei den gemischten Gestaltungsformen tun muß, und das dieses Verfahren abschließende Urteil vor Rechtskraft des Feststellungsurteils ergeht, dann kann der Bürger mit dem Feststellungsurteil überhaupt nichts anfangen. Selbst wenn aber das Feststellungsurteil vorher rechtskräftig werden sollte, erscheint es im Hinblick darauf, daß für das Urteil des ordentlichen Gerichtes das Bestehen oder Nichtbestehen des öffentlichrechtlichen Subventionsverhältnisses nicht unmittelbar maßgeblich ist, sehr zweifelhaft, ob das ordentliche Gericht durch diese Entscheidung irgendwie gebunden ist¹⁾. Die Möglichkeit einer Aussetzung nach § 148 ZPO besteht für das ordentliche Gericht dann nicht²⁾.

Nach HAMANN³⁾ ist gegen die bürgerlichrechtliche Kündigung des Subventionsdarlehens Feststellungsklage vor dem Verwaltungsgericht auf Unzulässigkeit dieser Kündigung möglich. Die Zulässigkeit dieser Klage dürfte zu verneinen sein, da es sich - selbst nach HAMANN - nicht um eine öffentlichrechtliche Streitigkeit handeln wird. Zudem erscheint fraglich, ob überhaupt ein Feststellungsinteresse zu bejahen ist.

Setzt man sich aber über diese Bedenken hinweg, dann kann eine solche Feststellungsklage nur den Zweck haben, einer Klage des Hoheitsträgers auf Rückzahlung des Subventionsdarlehens vor dem ordentlichen Gericht entgegenzutreten (das hier nach § 148 ZPO aussetzen wird⁴⁾). Daraus ergibt sich die unerfreuliche Situation, daß zwei Gerichtszweige mit praktisch derselben Sache befaßt werden.

Daher lehnt HENZE⁵⁾ auch die Ansicht HAMANNs ab. Er führt dabei aus, daß es nicht einzusehen sei, warum nicht auch vor den ordentlichen Gerichten die rechtsstaatlichen Bindungen des Subvenienten zur Geltung gebracht werden könnten⁶⁾. Dennoch läßt HENZE bei der Kündigung durch ein Kreditinstitut⁷⁾ die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage auf Unzulässigkeit der internen Zustimmung der Subventionsverwaltung zu der Kündigung zu⁸⁾, ob-

1) Vgl. Rosenberg, a. a. O., S. 47.

2) Rosenberg, a. a. O., S. 48.

3) BB 1953, 866.

4) Vgl. Rosenberg, a. a. O., S. 49.

5) A. a. O., S. 107.

6) Daß dies tatsächlich nicht immer der Fall ist, wurde oben S. 114 ff. dargelegt.

7) Zu der Einschaltung der Kreditinstitute sh. weiter unten S. 127 ff.

8) Henze, a. a. O., S. 116.

gleich er diese Zustimmung als privatrechtliches (!) Rechtsgeschäft auffaßt¹⁾. Eine solche Klage muß schon deswegen scheitern, weil keine öffentlichrechtliche Streitigkeit gegeben ist.

Zeigt das Beispiel der Kündigung des Subventionsdarlehens bereits deutlich, wie wenig praktikabel die gemischten Konstruktionen vor allem bezüglich der Rechtswegfragen sind, so läßt sich diese Feststellung nur noch unterstreichen, wenn man untersucht, welchen Rechtsweg der Staatsbürger beschreiten muß, um sich gegen eine unzulässige Auflage zur Wehr zu setzen.

Sowohl nach der IPSENSchen als auch nach der HAMANNschen Theorie können Auflagen im Rahmen des begründenden Verwaltungsaktes, daneben aber auch in zivilrechtlicher Form festgelegt werden. In diesem Falle stehen dem Staatsbürger für letzten Endes denselben Rechtsstreit²⁾ zwei Rechtswege offen. Es besteht dann die Gefahr, daß die ordentliche Gerichtsbarkeit und die Verwaltungsgerichtsbarkeit einander widersprechende Urteile fällen. Daher ist es ja auch ein Grundprinzip der Prozeßordnungen, durch die Regelung der Rechtshängigkeit zu verhindern, daß in derselben Sache zwei Gerichte tätig werden.

Bei den zweistufigen Konstruktionen ist aber für die Einrede der Rechtshängigkeit kein Raum, weil die Auflagen jeweils in eine andere Rechtsform gekleidet sind, woraus sich zwei verschiedene Streitgegenstände ergeben³⁾. Eine Aussetzung nach § 148 ZPO ist nur möglich, soweit der Ansicht KÖTTER - ZIEMER - SIARAS und HENZES beigelegt wird, daß über die öffentlichrechtlichen Auflagen hinausgehende zivilrechtliche Abreden nichtig seien⁴⁾, da nur in diesem Falle die Entscheidung des Rechtsstreites von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreites bildet. Dabei ist zu beachten, daß die Aussetzung in das Ermessen des Gerichtes gestellt ist⁵⁾, eine Aussetzungspflicht besteht nicht.

1) Henze, a. a. O., S. 115.

2) Vom rein Prozessualen her gesehen, verhält es sich allerdings nicht so, weil im einen Fall die öffentlichrechtliche Auflage angefochten wird, im anderen Fall nur auf Feststellung der Nichtigkeit der inhaltlich den öffentlichrechtlichen Auflagen entsprechenden bürgerlichrechtlichen Abreden geklagt werden kann, demnach also zwei verschiedene Streitgegenstände vorliegen.

3) Vgl. Fußn. 2.

4) Sh. oben S. 106.

5) § 148 ZPO.

8. Vollstreckung

Die rein öffentlichrechtliche Betrachtungsweise ermöglicht es der Verwaltung, ihre Anordnungen auf schnellerem Wege durchzusetzen, als wenn sie dazu die Hilfe der Gerichte in Anspruch nehmen müßte. Sie kann ihre Geldforderungen selbst im Wege des Verwaltungszwanges betreiben und dem Verwaltungsakt beigefügte Auflagen ebenfalls auf diese Weise durchsetzen¹⁾. Dies folgt daraus, daß die Anordnungen der Verwaltung im Rahmen der "Übernahmeverträge" und der Subventionen Verwaltungsakte darstellen, die ihre Vollstreckbarkeit durch die Verwaltung in sich tragen. Die Verfügungsgewalt der Behörde schließt die Vollstreckungsgewalt in sich ein²⁾.

Eine Gegenmeinung³⁾ vertritt allerdings die Auffassung, daß jeder Akt der Zwangsanwendung auf einen besonderen Rechtstitel gestützt sein müsse. Bei den "Übernahmeverträgen" und den vom Bund gewährten Subventionen ergibt sich aber daraus kein Unterschied, da diese besondere Ermächtigung im Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 27. April 1953⁴⁾ erblickt werden kann, das die Zwangsvollstreckung von Verwaltungsakten der Bundesbehörden sowie der bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts zuläßt.

Ein anderes Ergebnis ergibt sich lediglich für die Länder, die keine derart umfassende Befugnis zur Zwangsvollstreckung von Verwaltungsakten gesetzlich festgelegt haben. Werden von diesen Ländern Subventionen gewährt, dann kann es vorkommen, daß die Subventionsverwaltung gemäß der FORST-HOFFschen Lehre⁵⁾ nicht selbst zwangsweise ihre Anordnungen durchsetzen

1) Matti, a. a. O., S. 148, hebt dies auch für die Schweiz hervor.

2) So mit überzeugender Begründung Hauelsen NJW 1956, 1457.

Der gleichen Ansicht sind:

Drews - Wacke, a. a. O., S. 150; Fleiner, a. a. O., S. 217; Lechner bei Mang "Verwaltungsrecht in Bayern", S. 123f; von Rosen - von Hoewel, a. a. O., Allg. Vorbemerkungen Nr. II (S. 16) und Vorbem. Nr. I vor § 6 VwVG (S. 26); BSG NJW 1956, 1416 (Urt. v. 3. 7. 1956); VGH Stuttgart VRspr 5 (1953) Nr. 129 S. 602f (Urt. v. 5. 6. 1952).

3) Forsthoff Lb. S. 265; Kautz - Riewald, a. a. O., Anm. 6 (1) zu § 1 der VO betreffend das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeiträgen; BayObLGst 26, 59 (Urt. v. 12. 3. 1926); OVG Hamburg MDR 1951, 634 (Urt. v. 27. 6. 1951); BezVG Bln. DÖV 1951, 49 (Urt. v. 16. 6. 1950).

4) BGBl 1953 I S. 157.

5) Sh. Fußn. 3.

kann. Diese Situation kann sich vor allem in Bayern ergeben, wo Art. 16 bis 22 PStGB¹⁾ nur den Behörden der allgemeinen inneren Verwaltung das Recht einräumen, die Zwangsvollstreckung ihrer Verfügungen vorzunehmen²⁾.

Die Verwaltung der Subventionen wird in der Regel nicht von den Behörden der allgemeinen inneren Verwaltung durchgeführt werden. Folgt man nun der FORSTHOFFSchen Ansicht, dann ist in diesen Fällen von Landessubventionen eine Zwangsvollstreckung durch die Subventionsverwaltung nicht möglich.

Abgesehen von den auf Grund einer umstrittenen Ansicht sich ergebenden, nicht besonders ins Gewicht fallenden Ausnahmen sind aber Anordnungen der Verwaltung im Rahmen der "Übernahmeverträge" und Subventionen zwangsweise durchsetzbar, wenn man die rein öffentlichrechtliche Theorie vertritt. Der Verwaltung erleichtert dies die Verwirklichung ihrer Anliegen.

Nach den gemischten Theorien sind bei den "Übernahmeverträgen" allerdings auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung³⁾ auch die anfallenden Gebühren im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens beitreibar. Anders verhält es sich aber mit dem "Kaufpreis". Nach MODEST⁴⁾ kann eine zwangsweise Beibehaltung des Differenzbetrages zwischen dem Übernahme- und dem Abgabepreis, sofern der Übernahmepreis niedriger als der Abgabepreis ist, nur auf Grund eines Urteils des ordentlichen Gerichtes erfolgen. Diesen Rechtstitel, aus dem vollstreckt werden soll, muß sich die Einfuhrstelle im Prozeßwege erstreiten. MODEST schließt dies aus § 15 GetrG, da diese Vorschrift nur für die Gebührenforderungen, nicht auch für den "Kaufpreis" das Verwaltungszwangsverfahren vorsieht. Dieser Schluß ist zwar naheliegend, aber nicht zwingend⁵⁾, so daß auch hier gemäß der rein öffentlichrechtlichen Lösung die einfachere und wirksamere Möglichkeit der zwangsweisen Beibehaltung im Verwaltungsvollstreckungsverfahren offensteht.

Bei den Subventionen zwingen die gemischten Theorien die Subventionsverwaltung, bei Rückforderungen gewährter Subventionen sich an die ordentlichen Gerichte zu wenden und dort einen Titel zu erstreiten. Auflagen sind nur insoweit im Verwaltungszwangsverfahren durchsetzbar, als sie hoheitlich verankert, d.h.

1) BayBS I S. 341.

2) Dennoch wird gerade hier die Forstthoffsche Ansicht vertreten, vgl. Käab - Rösch, a.a.O., Vorbem. 8 vor Art. 16 PStGB.

3) Sh. oben S. 119 Fußn. 2.

4) A.a.O., Anm. 10 zu § 8 GetrG.

5) Sh. oben S. 80 f.

also, soweit sie im Verwaltungsakt der Gewährung enthalten sind.

Der Rechtsschutz des Staatsbürgers wird durch die generelle Durchsetzbarkeit der Anordnungen der Einfuhrstellen und der Subventionsverwaltung im Wege des Verwaltungszwanges nicht geschmälert, da dieser sich gegen die Vollstreckungsmaßregeln mit Hilfe der Anfechtungsklage zur Wehr setzen kann¹⁾. Allerdings wird er so in die Rolle des Klägers gedrängt, während er bei den gemischten Gestaltungsformen die bequemere Stellung des Beklagten innehat.

9. Die Einschaltung von Kreditinstituten bei der Vergabe von Subventionen

Bei der Vergabe von Subventionen werden häufig Kreditinstitute eingeschaltet²⁾. Auf Grund einer entsprechenden Bewilligung der Subventionsverwaltung schließen diese Institute einen Bürgschaftsvertrag mit dem Gläubiger des Subventionierten, oder sie geben das Darlehen aus und verwalten es³⁾. Sie können dabei entweder als Bevollmächtigte oder als Treuhänder des Hoheitsträgers handeln⁴⁾.

Von diesen Fällen der mittelbaren und unmittelbaren Stellvertretung zu unterscheiden sind die Darlehensverträge zwischen Privatbank und Bürger, bei denen die Bank im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Kredit gibt, wobei ein Hoheitsträger der Bank ihrerseits im Wege der Refinanzierung⁵⁾ die Kreditgewährung erleichtert oder sich zur Absicherung des Kredites verbürgt oder zu seiner Verbilligung Zinszuschüsse zahlt. Ein Subventionsverhältnis besteht hier nur zwischen dem die Kreditgewährung fördernden Hoheitsträger und dem Empfänger des Darlehens der Bank (Refinanzierungszusage, Bürgschaftsleistung oder verlorener Zuschuß).

Bisweilen gibt es vom Staat geschaffene und finanzierte juristische Personen des Privatrechts, die selbständig die Förderung von Privaten durch Darlehen, Bürgschaften oder Gewährleistungen betreiben, ohne daß der Hoheitsträger selbst eine Entscheidung über die Vergabe trifft⁶⁾. Diese Förderungsmaßnahmen

1) Haueisen NJW 1956, 1459f. Vgl. auch § 18 VwVG.

2) Henze, a. a. O., S. 28; Schüle VVDStRL 11, 97.

3) Schüle VVDStRL 11, 98.

4) Flessa DVBl 1957, 118.

5) Dazu Flessa, ebenda.

6) Hier könnte man an die bei Scheuner VVDStRL 11, 31 Fußn. 82, erwähnte "Hermes Kredit Versicherungs AG" denken. Da diese aber gegen Prämienzahlung das Exportrisiko versichert, liegt gar keine Gewährleistung im hier

können nicht zu den Subventionen gerechnet werden, weil sie nicht ein Hoheitsträger gewährt. Praktisch verbirgt sich zwar hinter der Person des Privatrechts die öffentliche Hand, entscheidend ist aber die nach außen erkennbare private Rechtsform¹⁾. Mit der Wahl dieser Rechtsform hat die öffentliche Hand auch die Rechtsverhältnisse zu den Begünstigten rein privatrechtlich gestaltet²⁾. Für diese Rechtsverhältnisse ist weder eine gemischte noch eine rein öffentlich-rechtliche Konstruktion möglich³⁾, mag man dies auch wegen des verminderten Rechtsschutzes für den Bürger bedauern⁴⁾.

Die Einschaltung der Kreditinstitute als Bevollmächtigte oder Treuhänder erscheint vom Gesichtspunkt der rechtlichen Konstruktion aus bei den zweistufi-

verstandenen Sinne vor. (Osterwalder, a. a. O., S. 8: "Die Exportrisikogarantie unterscheidet sich durch Prämienlosigkeit wesentlich von einer Versicherung". Vgl. auch Osterwalder, a. a. O., S. 90ff.)

Ein passendes Beispiel ist hingegen die Darlehenskasse der Bayerischen Studentenwerke und Studentenhilfen e. V., die Darlehen an Studenten vergibt (vgl. Richtlinien der Darlehenskasse für die Gewährung von Darlehen).

- 1) Huber, Bd. I S. 122, spricht von "wirtschaftsadministrativen Unternehmen in privater Rechtsform".
- 2) Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß der Verwaltung auch im Bereich der Subventionierung im allg. das Wahlrecht zwischen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Ausprägung eines Rechtsverhältnisses zusteht (ebenso Flessa DVBl 1957, 120). Bedenklich erscheint dies lediglich dort, wo die Verwaltung in Erfüllung sozialstaatlicher Pflichten tätig wird, da sie sich dann nach dem Urteil des BVerwG v. 23. 7. 1958 (NJW 1958, 2129) hoheitlicher Formen bedienen muß.
- 3) Vgl. oben S. 51.
Nach der durch die Subjektstheorie ergänzten Subjektionstheorie kann außer im Falle des öffentlichrechtlichen Vertrages ein Rechtsverhältnis nur dann dem öffentlichen Recht angehören, wenn ein Hoheitsträger oder ein beliehener Unternehmer beteiligt ist. Die hier in Frage stehende Person des Privatrechts kann deshalb nicht als beliehener Unternehmer angesprochen werden, weil ihr keine Aufgaben zur hoheitlichen Regelung übertragen worden sind.
- 4) Huber Bd. I S. 122 empfiehlt aus diesem Grunde, die "wirtschaftsadministrativen Unternehmen in privater Rechtsform" möglichst in öffentlichrechtliche Formen umzuwandeln. Er befürwortet vor allem die Form der öffentlichrechtlichen Stiftung.

gen gemischten Theorien ohne weiteres möglich¹⁾. Die auf diese Weise eingeschalteten Banken führen den privatrechtlichen Teil des Rechtsverhältnisses aus²⁾. HENZE³⁾ weist darauf hin, daß gerade die Einschaltung von Kreditinstituten bei Subventionsdarlehen die Richtigkeit der IPSENSchen Theorie beweise: Die Zulassung des Kredites durch positive Entscheidung der Verwaltungsbehörde bewege sich im öffentlichen Recht, daran schließe sich - deutlich abgehoben - die privatrechtliche Ausführung des Vollzuggeschäftes durch das Kreditinstitut an.

Es ist nun zu untersuchen, ob die rein öffentlichrechtliche Theorie der Einschaltung der Banken als mittelbare und unmittelbare Stellvertreter des Hoheitsträgers entgegensteht; denn wenn das der Fall wäre, würde es aus praktischen Gründen die Anwendbarkeit der rein öffentlichrechtlichen Theorie in Frage stellen und für die zweistufige gemischte Konstruktion sprechen⁴⁾, da es kaum gelingen würde, die Einschaltung der Banken rückgängig zu machen. Hinzu kommt, daß diese Einschaltung einen gewichtigen Vorteil mit sich bringt: Die Erfahrung der Banken in wirtschaftlichen Dingen gewährleistet eine zweckmäßigere Durchführung der Vergabe von Subventionen als bei der Verwaltung durch bürokratisch eingestellte Behörden⁵⁾.

HENZE⁶⁾ erhebt nun den Einwand, daß die Kreditinstitute bei rein öffentlichrechtlicher Betrachtungsweise als beliehene Unternehmer anzusehen seien, für die Beleihung fehle aber die gesetzliche Grundlage.

Beliehene Unternehmer sind Rechtssubjekte des Privatrechts, denen im Zusammenhang mit ihrer unternehmerischen Wirtschaftstätigkeit bestimmte Aufgaben und Befugnisse schlichtverwaltender und hoheitlicher Art der öffentlichen Verwaltung im Wege der Delegation zugewiesen sind⁷⁾.

1) Wenn Hamann (BB 1953, 866) und Ipsen (Subv. S. 52 = DVBl 1956, 503) allerdings auch bei zweistufiger Konstruktion die eingeschalteten Privatbanken als beliehene Unternehmer ansehen, dann gelten die auf dieser Seite gegen die öffentlichrechtliche Theorie angeführten Einwände auch gegen die zweistufigen Theorien.

2) Schüle VVDStRL 11, 98.

3) A. a. O., S. 40.

4) Sh. jedoch Fußn. 1.

5) Henze, a. a. O., S. 28; Schüle VVDStRL 11, 97.

6) A. a. O., S. 110f.

7) Huber Bd. I S. 533.

Da auch bei der öffentlichrechtlichen Theorie im Falle der Subventionierung durch Bürgschaften der Abschluß des Bürgschaftsvertrages dem privatrechtlichen Bereich angehört, handelt die Bank nicht als beliehene Unternehmerin, wenn sie diesen Abschluß tätigt. Ebensowenig ist dies bei Abschluß des Refinanzierungsvertrages mit dem privaten Darlehensgeber des Begünstigten der Fall. Der Einwand HENZES kann daher nur für die Subventionierung durch Darlehen unter Einschaltung von Kreditinstituten als mittelbare oder unmittelbare Stellvertreter des Hoheitsträgers gelten.

Aber auch hier sind die Kreditinstitute häufig nicht als beliehene Unternehmer anzusprechen, da sie sehr oft in Form einer juristischen Person des öffentlichen Rechtes am Rechtsverkehr teilnehmen¹⁾, der hoheitliche Aufgaben auch ohne formelles Gesetz durch Verwaltungsvorschrift übertragen werden können. So kann die auf Grund des Gesetzes vom 5. November 1948 in der Fassung vom 22. Januar 1952²⁾ errichtete Kreditanstalt für Wiederaufbau, die HENZE³⁾ als Beispiel für einen beliebhenen Unternehmer anführt, auf keinen Fall diese Eigenschaft haben, da sie in § 1 des Gesetzes ausdrücklich als "Körperschaft des öffentlichen Rechtes" bezeichnet wird.

Stellt die Kreditanstalt, die ein Subventionsdarlehen verwaltet, allerdings keine juristische Person des öffentlichen Rechtes dar, dann ist sie in der Tat bei rein öffentlichrechtlicher Betrachtungsweise als beliehener Unternehmer anzusprechen, da sie die durch den Begründungsakt dem öffentlichen Recht eingeordneten Rechtsverhältnisse abwickelt und somit hoheitliche Tätigkeit ausübt.

Für jede Beleihung einer Privatperson fordert nun aber HUBER⁴⁾ eine gesetzliche Ermächtigung. Bei der Übertragung von Hoheitsbefugnissen den Gewaltunterworfenen gegenüber ist ihm dabei voll zuzustimmen. Die Ausübung dieser Befugnisse ist im allgemeinen der öffentlichen Verwaltung vorbehalten. Soll ausnahmsweise einmal eine Privatperson damit betraut werden, erfordert es der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, daß dafür eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist⁵⁾.

1) Schüle VVDStRL 11, 98.

2) BGBl 1952 I S. 68.

3) A. a. O., S. 66.

4) Bd. I S. 537f.

5) Vgl. Spanner DÖV 1957, 640.

Anders ist aber die Beleihung einer Privatperson mit schlichtverwaltenden Aufgaben zu beurteilen. Diese übt dann keine Hoheitsbefugnisse gegenüber den Gewaltunterworfenen aus, sondern entfaltet nur eine Art Hilfstätigkeit für die öffentliche Verwaltung ohne Anordnungs- und Entscheidungsbefugnis¹⁾. Nach dem derzeit in der Bundesrepublik bestehenden Rechtszustand muß hierfür kein förmliches Gesetz als Grundlage vorhanden sein, da diese Beleihung bloße Innenwirkung hat²⁾. Sie erfolgt auf Grund der gewohnheitsrechtlichen Befugnis der Verwaltung zur Handhabung der Organisationsgewalt³⁾.

Auf die Einschaltung von Kreditinstituten bei der Vergabe von Subventionskrediten angewandt, heißt dies, daß bei rein öffentlichrechtlicher Betrachtungsweise die Beleihung eines Kreditinstitutes mit Hoheitsbefugnissen nichtig ist, soweit man nicht eine gesetzliche Ermächtigung finden kann. Letzteres ist in der Regel nicht der Fall. Die Einschaltung privater Banken erfolgt vielmehr im allgemeinen auf Grund von Verwaltungsanordnungen⁴⁾. Daraus folgt für die öffentlichrechtliche Konstruktion, daß einer Privatbank auf keinen Fall ohne gesetzliche Grundlage eine selbständige Entscheidungsbefugnis über Anträge auf Subventionskredite eingeräumt werden darf. Dies ist auch - soweit ersichtlich - bisher nicht geschehen⁵⁾.

Ferner kann eine Privatbank von sich aus weder eine Kündigung aussprechen noch Stundung gewähren. Dies muß vielmehr die Subventionsverwaltung tun.

1) Huber Bd. I S. 539.

2) Übereinstimmend Ipsen, Konstruktionsfragen, S. 614.

3) Vgl. Spanner DÖV 1957, 642.

4) Vgl. z.B. die Regelung für die Vergabe von Aufbau- und Eingliederungsdarlehen aus Lastenausgleichsmitteln (Bestimmungen des Hauptamtes für Soforthilfe v. 21.11.1952, Mtbl. HfS 1952, 141, und des Bundesausgleichsamtes v. 14.2.1953, Mtbl. BAA 1953, 50).

5) Henze (a. a. O., S. 64) spricht im Anschluß an Huber (Bd. II S. 236) die Industriekreditbank - Sondervermögen Investitionshilfe als beliehenen Unternehmer an, der selbständig Kreditanträge bescheiden kann. Erscheint schon die Ansicht sehr zweifelhaft, das Sondervermögen als juristische Person des Privatrechts anzusehen (a. A. als Henze sind in diesem Punkt Kötter - Ziemer - Siara, a. a. O., Anm. 2 zu § 23 IHG; Ipsen ArchÖffR Bd. 39 n. F. (1952/53) S. 287), so liegt doch zumindest eine gesetzliche Ermächtigung zur Ausübung von Hoheitsgewalt vor (vgl. § 29 IHG).

Wohl aber kann die Bank in schlichtverwaltender Weise tätig werden: Sie kann Zinsen berechnen, die Darlehenssumme auszahlen, Einzahlungen entgegennehmen, ein Konto führen, das Geschäftsgebahren des Darlehensnehmers überwachen und dgl. mehr.

Nicht maßgeblich ist dabei, ob die Bank nominell Inhaberin des Rückzahlungsanspruches ist, da nach der öffentlichrechtlichen Theorie allein der gewährende Verwaltungsakt der Subventionsverwaltung das Subventionsverhältnis bestimmt und ausgestaltet, nicht aber der nachfolgende "Vertrag" der Kreditanstalt mit dem Darlehensnehmer. Die Bank bleibt auch in diesem Falle auf die schlichtverwaltende Tätigkeit beschränkt. Die Kündigung oder Stundung des Darlehens bleibt der Subventionsverwaltung vorbehalten. Die Kreditanstalt kann allerdings Bote der Verwaltung sein und die Entscheidung der Verwaltung dem Darlehensnehmer übermitteln. Wenn die Bank dabei im eigenen Namen auftritt, so dürfte dies unschädlich sein, sofern nur die Entscheidung über Kündigung oder Stundung von der Subventionsverwaltung gefällt worden ist. Auch die Durchsetzung des Rückzahlungsanspruches muß von der Subventionsverwaltung bewerkstelligt werden, da dies nicht als schlichtverwaltende Tätigkeit angesprochen werden kann, weil die Durchsetzung des Anspruches im allgemeinen im Wege des Verwaltungszwanges zu erfolgen hat¹⁾.

Aus dem Dargelegten ergibt sich, daß die rein öffentlichrechtliche Theorie keineswegs der Einschaltung von Kreditinstituten als mittelbare und unmittelbare Stellvertreter des Hoheitsträgers im Wege steht. Es ist lediglich nicht möglich, privaten Kreditanstalten ohne gesetzliche Ermächtigung Hoheitsbefugnisse zu übertragen. Dies fällt aber nicht entscheidend ins Gewicht, da bei den Tätigkeiten, die den Banken verbleiben, deren Erfahrung auf wirtschaftlichem Gebiete nach wie vor zur Geltung kommt. Kündigungs- und Stundungsbefugnisse waren zudem bei Subventionsdarlehen auch bisher nur in beschränktem Umfange den Kreditanstalten eingeräumt²⁾. Die einzige Schwierigkeit wird darin bestehen, die Praxis der Subventionsverwaltung auf die durch die öffentlichrechtliche Theorie veränderte Situation umzustellen.

Andererseits aber zeigt sich gerade bei der Einschaltung der Banken deutlich der Vorzug der öffentlichrechtlichen Konstruktion, daß die Kompliziertheit der

1) Sh. oben S. 125 ff.

2) So können die Banken bei Aufbau- und Eingliederungsdarlehen aus Lastenausgleichsmitteln nur mit Zustimmung der Ausgleichsbehörden kündigen. Stundungen können sie nicht über einen Zeitraum von drei Monaten hinaus gewähren (sh. S. 131 Fußn. 3).

zweistufigen Gestaltungsform verringert wird.

FLESSA¹⁾ stellt diese Kompliziertheit am Beispiel der Refinanzierungskredite aus dem ERP-Sondervermögen zugunsten von Vertriebenen dar:

Der Bürger bekommt von seiner Hausbank einen Kredit gewährt, die dafür von der Lastenausgleichsbank ein Refinanzierungsdarlehen erhält. Für das Kreditrisiko muß zu 60 % das zuständige Bundesland eine Bürgschaft übernehmen, während die Lastenausgleichsbank eine 30 %ige Entlastungszusage erteilt. 10 % des Risikos trägt die Hausbank.

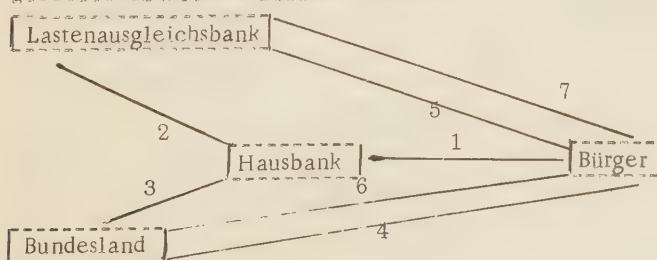
Nach der zweistufigen Theorie ergeben sich dabei folgende Rechtsverhältnisse:²⁾

1. Das privatrechtliche Kreditverhältnis zwischen Hausbank und Bürger.
2. Der privatrechtliche Darlehensvertrag zwischen Hausbank und Lastenausgleichsbank.
3. Der Bürgschaftsvertrag zwischen Bundesland und Hausbank.
4. Ein "Direktvertrag" zwischen dem bürgenden Land und dem Bürger, in dem der Bürger dem Land gegenüber Verpflichtungen übernimmt, mit denen das Kreditverhältnis Bank / Bürger nicht belastet werden soll.
5. Ein "Direktvertrag" zwischen Lastenausgleichsbank und Bürger.
6. Das der Bürgschaft und dem dazu abgeschlossenen Direktvertrag zugrunde liegende öffentlichrechtliche Subventionsverhältnis Bundesland / Bürger.
7. Das der Refinanzierung und dem Direktvertrag zugrunde liegende öffentlichrechtliche Subventionsverhältnis Lastenausgleichsbank / Bürger (Refinanzierungszusage).

FLESSA³⁾ erwägt außerdem noch öffentlichrechtliche Subventionsverhältnisse Bundesland / Hausbank und Lastenausgleichsbank / Hausbank. Diese Verhält-

1) DVBl 1957, 119.

2) Zur Erläuterung diene folgende Skizze:



3) DVBl 1957, 119.

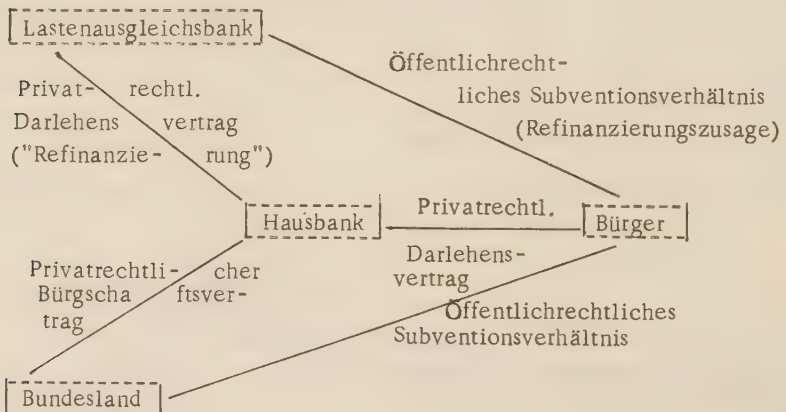
nisse dürften aber auch nach der zweistufigen Theorie rein privatrechtlich zu beurteilen sein, da dem Hoheitsträger eine Subventionsbewilligung, die man dem öffentlichen Recht zurechnen könnte, nicht erteilt wird.

Bei der rein öffentlichrechtlichen Konstruktion ist das Verhältnis Hausbank / Bürger ebenfalls privatrechtlich einzustufen, da die Hausbank im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Kredit gewährt. Auch das Refinanzierungsdarlehen der Lastenausgleichsbank und der Bürgschaftsvertrag Bundesland / Hausbank gehören dem bürgerlichen Recht an, weil die Hausbank nicht als Subventionsempfängerin auftritt und so dem Bundesland bzw. der Lastenausgleichsbank auf dem Boden der Gleichordnung gegenübersteht. Zwischen der Lastenausgleichsbank und dem Bürger besteht hingegen lediglich ein öffentlichrechtliches Subventionsverhältnis. Dasselbe gilt für das Verhältnis Bundesland / Bürger. Die "Direktverträge" entfallen damit bei rein öffentlichrechtlicher Betrachtungsweise¹⁾. Die darin enthaltenen Bedingungen und Auflagen können als Bestandteile des öffentlichrechtlichen Subventionsverhältnisses angesehen werden.

Teil C: Auswertung

Aus den vorstehenden Untersuchungen ergibt sich, daß die Rechtsform des bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisses zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsaktes nicht allein aus dogmatischen Gründen, sondern

1) Zur Veranschaulichung diene folgende Skizze:



auch wegen ihrer praktischen Auswirkungen abzulehnen ist. Aus öffentlichem und privatem Recht gemischte Rechtsverhältnisse passen nicht in das System unserer Rechtsordnung¹⁾. Ein vom Gesetzgeber einheitlich gedachter Vorgang würde sonst in sinnwidriger Weise auseinandergerissen werden²⁾. Ein Rechtsverhältnis ist daher nicht teilbar und kann nur in seiner Gesamtheit und mit allen seinen unmittelbaren Rechtswirkungen dem öffentlichrechtlichen oder dem privatrechtlichen Gebiet angehören³⁾.

Daß trotz dieses seit langem feststehenden Grundsatzes in jüngster Zeit für die Subventionen und die "Übernahmeverträge" dennoch wieder eine Mischform angenommen wurde, läßt sich nur so erklären, daß der staatliche Interventionismus, der auch bei den Subventionen und den "Übernahmeverträgen" in Erscheinung tritt, zu einer immer noch wachsenden Ausdehnung des öffentlichen Rechtes führt⁴⁾. Es ist nicht so, daß der Höhepunkt der Zurechnung der Materien zum öffentlichen Recht bereits überschritten ist, wie SCHEUNER⁵⁾ meint⁶⁾.

Im Rahmen dieser Entwicklung zeigt es sich, daß Institute des Privatrechts dem Handeln der interventionierenden Wirtschaftsverwaltung nicht mehr angemessen erscheinen⁷⁾. Dennoch vermochten sich Lehre und Rechtsprechung bisher nicht vollständig von bürgerlichrechtlichen Begriffen und Einrichtungen zu lösen. Einmal hielt man die bis jetzt entwickelten hoheitlichen Formen für die in starker Eigengesetzlichkeit und nach völlig selbständigen Methoden arbeitende Wirtschaft noch nicht für entsprechend ausgereift⁸⁾. Zum anderen steht dem Schritt zum öffentlichen Recht das Mißtrauen entgegen, das die Wirtschaft gegen jeden Akt unmittelbar hoheitlicher Beeinflussung hegt⁹⁾. So behält man sich mit einer Zwischenlösung, den gemischten Rechtsinstituten.

Da die obenstehenden Ausführungen aber gezeigt haben, daß diese Zwischenlösung auf die Dauer nicht befriedigen kann, ist es an der Zeit, die Rechts-

1) Ebenso Jentsch DÖV 1956, 300. Auch Ruck (a. a. O., S. 40) spricht sich gegen gemischte Rechtsverhältnisse aus, die in der Schweiz noch vorkommen.

2) Spanner DVBl 1958, 725.

3) Apelt, a. a. O., S. 132.

4) Ipsen, Subv. S. 15 = DVBl 1956, 464.

5) DÖV 1953, 519.

6) So auch Lerche DVBl 1955, 286.

7) Ipsen, Subv. S. 15 = DVBl 1956, 464.

8) Erler, Int. Wirtschaftsrecht, S. 34.

9) Erler, ebenda.

figur des bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisses zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsaktes über Bord zu werfen und zu einer rein öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise zu kommen.

Dies entspricht dem Werdegang mancher Rechtsinstitute, die heute allgemein als rein öffentlichrechtlich anerkannt sind¹⁾. Die Loslösung vom Zivilrecht geschah nicht mit einem Male, sondern erst über das Zwischenstadium der gemischten Rechtsformen²⁾.

Als Beispiel sei hier die Enteignung herausgegriffen, die anfangs lange Zeit als Zwangskauf angesehen wurde, weil man mit den bewährten Formen des bürgerlichen Rechtes zunächst alle Rechtserscheinungen viel besser erklären konnte, und erst nach und nach die Hilfsmittel des öffentlichen Rechtes soweit ausgebaut wurden, daß man das Rechtsinstitut voll dem öffentlichen Recht eingliedern konnte³⁾.

Sowohl bei den Subventionen als auch bei den "Übernahmeverträgen" haben die obenstehenden Untersuchungen gezeigt, daß eine rein öffentlichrechtliche Betrachtungsweise durchaus möglich ist. Damit ist die Zwischenstufe einer gemischten Rechtsform auch für diese beiden Institute überflüssig geworden.

Wenn IPSEN⁴⁾ für die Subventionen behauptet, daß der Schritt zu völlig öffentlichrechtlicher Verwandlung der Rechtsbeziehungen im deutschen Recht weder angebahnt noch gar vollzogen sei, oder wenn HENZE⁵⁾ ausführt, eine rein öffentlichrechtliche Lösung stünde in unüberbrückbarem Widerspruch mit der konkreten Rechtsgestaltung, so entbehrt dies einer sachlichen Grundlage.

Die oben angestellten Überlegungen haben vielmehr gezeigt, daß die von beiden Verfassern vertretene Rechtsfigur des bürgerlichrechtlichen Schuldverhält-

1) Näheres bei Fleiner, a. a. O., S. 39.

2) Dazu Fischer, a. a. O., S. 1:

"Es bedurfte einer langen Entwicklung, um eine Trennung der beiden Rechtsgebiete herbeizuführen, und es kostete der jungen Wissenschaft vom öffentlichen Recht viel Mühe, sich eigene Rechtsinstitute zu schaffen. Wie schwer dieser Kampf war, beweist die Zähigkeit, mit der man bei längst als öffentlichrechtlich anerkannten Instituten noch an privatrechtlichen Bestandteilen festhielt. Hier sei nur an die sog. 'gemischten Rechtsinstitute' erinnert".

3) Bückner, a. a. O., S. 113.

4) Subv. S. 85 = DVBl 1956, 609.

5) A. a. O., S. 96.

nisses zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsakts mit dem geltenden deutschen Recht nicht vereinbar ist, und daß auch ihre Anwendung erhebliche Nachteile mit sich bringt.

IX. KAPITEL

Zusammenfassung

Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsakts sind nur dann denkbar, wenn der Verwaltungsakt nicht das Rechtsverhältnis begründet. Ein solcher Fall ist die Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechtes der öffentlichen Hand, wenn man die Ausübung dieses Rechtes als Verwaltungsakt ansieht.

Die Begründung bürgerlichrechtlicher Schuldverhältnisse durch Verwaltungsakt bei zweiseitigem Verhältnis könnte man ausnahmsweise dann zulassen, wenn der Verwaltungsakt im Modellfall privatrechtliche Beziehungen zwischen zwei Personen schafft, die vom Hoheitsträger, der den Verwaltungsakt erläßt, verschieden sind. Zwingend erforderlich ist dies allerdings nicht. Ein Anwendungsfall wäre die hoheitliche Einweisung eines Patienten in ein Krankenhaus durch eine Fürsorgebehörde, eine öffentliche Versicherungsanstalt oder eine öffentliche Krankenkasse bei Identität von Einweisendem und Krankenhausträger.

Die Subventionen und "Übernahmeverträge" setzen ein zweiseitiges Verhältnis voraus. Bei diesen Rechtsverhältnissen sind bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse auf Grund Verwaltungsakts nicht möglich. Es handelt sich um rein öffentlichrechtliche Leistungsverhältnisse, die durch Verwaltungsakt zustande kommen.

Dies gilt auch für das Rechtsverhältnis zwischen dem subventionierenden Hoheitsträger und dem Subventionsempfänger, der in Form einer Bürgschaft oder Refinanzierungszusage gefördert wird. Das nach Zusicherung der Bürgschaftserteilung bzw. der Refinanzierung dem Subventionsempfänger gegenüber mit dessen Gläubiger eingegangene Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Subventionierendem ist allerdings bürgerlichrechtlicher Natur. Es liegt ein Bürgschaftsvertrag im Sinne der §§ 765ff BGB bzw. bei der Refinanzierung ein Darlehensvertrag nach §§ 607ff BGB vor.

Die Bevorzugung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bildet keine besondere Rechtsform. Sie ist Bestandteil eines einheitlich zu behandelnden bürgerlichrechtlichen Vertrages.

LEBENS LAUF

Am 21. März 1935 wurde ich als zweites von drei Kindern des Volksschullehrers Ludwig Zuleeg und seiner Ehefrau Thea, geb. Ohr in Creglingen in Württemberg geboren. Meine ersten Lebensjahre verbrachte ich in Auernhofen im Landkreis Uffenheim, wo mein Vater als Lehrer wirkte. Im Jahre 1938 wurde er nach Brunn im Landkreis Neustadt an der Aisch versetzt. Seit dieser Zeit wohne ich in Brunn. 1941 kam ich dort in die Volksschule. In diesem Jahre fiel mein Vater an der Ostfront.

Von 1946 bis 1953 besuchte ich die Oberrealschule in Neustadt an der Aisch und bestand dort im Jahre 1953 die Reifeprüfung.

Im Wintersemester 1953/54 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Erlangen. Im Wintersemester 1954/55 und im Sommersemester 1955 gehörte ich dem Allgemeinen Studentenausschuß an und war Fakultätsvertreter der Juristischen Fakultät der Universität Erlangen. Im Wintersemester 1955/56 wechselte ich den Hochschulort und schrieb mich an der Universität Hamburg ein. Im Wintersemester 1956/57 kehrte ich nach Erlangen zurück und legte dort im Sommer 1957 das Erste Juristische Staatsexamen mit der Note 2, 77 (= gut) ab.

Seit dem 17. August 1957 befinde ich mich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst.

